UNIVERSITÉ DE POITIERS

FACULTÉ DE DROIT

DE L'ABUS DE CONFIANCE

PRÉVU ET PUNI

Par l'article 408 du Code pénal

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 13 Juillet 1899, à 3 heures, dans la salle des Actes publics de la Faculté

PAR

Edouard PÉNICAUT

AVOCAT

LIMOGES

IMPRIMERIE COMMERCIALE PERRETTE

7, Cours Jourdan, 7

—

1899

DE L'ABUS DE CONFIANCE

PRÉVU ET PUNI

Par l'article 408 du Code pénal

UNIVERSITÉ DE POITIERS

FACULTÉ DE DROIT

MM. LE COURTOIS (✲, I ✆), Doyen, Professeur de Droit civil.

DUCROCQ (O. ✲, I ✆), Doyen honoraire, Professeur honoraire, Professeur à la Faculté de Droit de Paris, Correspondant de l'Institut.

THÉZARD (I ✆), Doyen honoraire, Professeur de Droit civil, Sénateur.

ARNAULT DE LA MÉNARDIÈRE (I ✆), Professeur de Droit civil.

NORMAND (I ✆), Professeur de Droit criminel, assesseur du Doyen.

PARENTEAU-DUBEUGNON (I ✆), Professeur de Procédure civile.

ARTHUYS (I ✆), Professeur de Droit commercial et chargé du Cours de Droit maritime.

BONNET (I ✆), Professeur de Droit romain.

PETIT (I ✆), Professeur de Droit romain, chargé des Cours de Science et Législation financières et de Pandectes (Doctorat).

BARRILLEAU (I ✆), Professeur de Droit administratif et chargé d'un Cours de Droit administratif pour le Doctorat.

SURVILLE (I ✆), Professeur de Droit international public et privé, et chargé d'un Cours de Droit civil.

PRÉVOT-LEYGONIE (A ✆), Professeur d'Histoire du Droit public (Doctorat), de Principes du Droit public et Droit constitutionnel comparé (Doctorat), chargé d'un Cours de Droit international public.

MICHON, Professeur adjoint, chargé des Cours d'Histoire générale du Droit français et d'Eléments du Droit constitutionnel (1re année), et du Cours d'Histoire du Droit (Doctorat).

CHÉNEAUX, Professeur adjoint, chargé des Cours d'Economie politique (Doctorat), d'Histoire des Doctrines économiques et de Législation et Economie rurales.

GIRAULT (A. ✆), Professeur d'Economie politique et chargé du Cours de Législation et Economie coloniales.

AUDINET (A. ✆), Professeur à la Faculté de Droit de l'Université d'Aix-Marseille, chargé des fonctions d'agrégé à la Faculté de Droit de l'Université de Poitiers et des Cours de Droit civil comparé (Doctorat) et de Droit international public.

ISAMBERT, Docteur en droit, Chargé de conférences.

ROCHE (I ✆), Secrétaire.

COULON (I ✆), Secrétaire honoraire.

COMMISSION

Président : M. NORMAND.

Suffragants : MM. PRÉVOT-LEYGONIE, *Professeur.* — GIRAULT, *Professeur.*

UNIVERSITÉ DE POITIERS

FACULTÉ DE DROIT

DE L'ABUS DE CONFIANCE

PRÉVU ET PUNI

Par l'article 408 du Code pénal

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 13 Juillet 1899, à 3 heures, dans la salle des Actes publics de la Faculté

PAR

Edouard PÉNICAUT

AVOCAT

ACAD. LUGDUNENSIS BIBL.

LIMOGES

IMPRIMERIE COMMERCIALE PERRETTE

7, Cours Jourdan, 7

1899

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547313_0017

BIBLIOGRAPHIE

Aubry et Rau. — *Cours de droit civil français,* t. IV, *du louage.*

Baudry-Lacantinerie. — *Précis de droit civil : du dépôt.*

Baudry-Lacantinerie et Wahl. — *Du louage,* t. II.

Bertauld. — *Cours de Code pénal.*

Blanche. — *Etudes pratiques sur le Code pénal,* t. VI.

Block. — *Dictionnaire de l'administration française,* V° Officiers publics et ministériels.

Boitard. — *Leçons de droit criminel.*

Bonnasse-Blanchou. — *De l'abus de confiance.* Thèse, Paris, 97.

Bouissou et Turlin. — *Traité du métayage.* — *Le métayage est-il un louage ?*

Bourguignon. — *Jurisprudence des Codes criminels.*

Chauveau et Hélie. — *Théorie du Code pénal,* t. V.

Carnot. — *Commentaire sur le Code pénal,* t. II.

Clappier. — *Du métayage, particulièrement en Limousin.* Thèse. Poitiers, 1899.

Dalloz. — *Répertoire général de jurisprudence* et *Supplément au Répertoire.*

Delapalme. — *Encyclopédie du Droit.*

Dutruc. — *Code pénal modifié par la loi du 13 mai 1863.*

Fuzier-Hermann. — *Répertoire général du Droit français.*

Garraud. — *Traité théorique et pratique du Droit pénal français.*

Garraud. — *Précis du Droit pénal français.*

Guillouard. — *Du louage,* 3e édit., t. II.

Labori et Schaffauser. — *Répertoire de jurisprudence.*

Jousse. — *Traité de la justice criminelle en France,* t. IV.

Laurent. — *Droit civil français : du louage,* t. XXVI; *des obligations,* t. XIX.

Lautour. — *Code usuel d'audience.*

Lévy. — *Eléments constitutifs du vol, de l'escroquerie et de l'abus de confiance.* Thèse. Paris, 1885.

Listz (von). — *La Législation pénale comparée.*

Merlin. — *Répertoire,* Vos Dépôt et Vol.

Morin. — *Répertoire de Droit criminel.*

Mouton. — *Les lois pénales de la France,* t. I.

Muyart de Vouglans. — *Les lois criminelles de la France.*

Normand. — *Traité élémentaire de Droit criminel.*

Pellerin. — *Commentaire de la loi du 13 mai 1863.*

Petit. — *Précis de Droit romain.*

Pothier. — *Traité du contrat de dépôt* (édition Bugnet), t. V.

Rauter. — *Traité de Droit criminel,* t. II.

Rolland de Villargues. — *Les Codes criminels.*

Sirey. — *Recueil général des lois et arrêts.*

Tissot. — *Le Droit pénal étudié dans ses principes et dans les lois des différents peuples du monde.*

Trébutien. — *Cours élémentaire de Droit criminel.*

Troplong. — *Du louage,* t. II.

Bazot. — *Abus de confiance en matière de Société. — Revue pratique,* 1864.

Boyer. — *De l'abus de confiance en matière de cheptel de fer. — Revue générale,* t. V.

Demolombe. — *« Si le tuteur qui dissipe les fonds pupillaires est passible des peines portées aux art. 406 et 408 C. pénal. » — Revue critique,* 1851.

Desjardins. — *Examen doctrinal, jurisprudence criminelle. — Revue critique,* 1884.

Domenget. — *De l'abus de confiance et de ses éléments constitutifs. — Revue pratique,* 1872.

Planiol. — *Examen doctrinal. — Revue critique,* 1890.

INTRODUCTION

Quelle que soit l'opinion qu'on adopte sur le fondement du droit de punir ; qu'on admette, avec les publicistes du siècle dernier, l'existence d'un contrat social ; qu'on fonde comme l'a fait Bentham, la théorie de la peine sur l'utilité du plus grand nombre ; qu'on accueille l'idée de la justice absolue, préconisée par Kant, ou qu'on se rallie au système éclectique qui est aujourd'hui généralement enseigné, on est unanime pour reconnaître la légitimité du droit de punir, pour accorder à la société l'exercice d'une action publique.

Mais à côté de l'intérêt général, que l'action publique a pour objet de sauvegarder, il y a l'intérêt particulier qui est également respectable, et qui doit être protégé. S'il est nécessaire que le crime soit puni, il faut aussi que le préjudice que le crime a causé puisse être entièrement réparé. C'est pourquoi dans les législations bien faites, les infractions aux lois pénales donnent lieu à deux actions distinctes : l'une ouverte à tous, ou spécialement déléguée à une

certaine catégorie de citoyens, poursuit, au nom de la société, la répression des faits punissables ; l'autre, n'ayant pour objet que des réparations pécuniaires, est réservée à la personne lésée, qui l'exerce exclusivement à son profit.

La plupart des délits punis par notre Code pénal français peuvent donner lieu à une double demande en justice. Celui de ces délits qui va faire l'objet de cette étude, l'abus de confiance, comporte lui-même une réparation civile et une réparation pénale. — Négligeant la première de ces sanctions, et restant fidèles au titre que nous avons adopté, nous ne nous occuperons que « du délit d'abus de confiance prévu et puni par l'article 408 du Code pénal » (1).

(1) Les articles 406, 407 et 409 du C. pén. prévoient d'autres abus de confiance : ce sont — 1° l'abus des besoins, des passions et des faiblesses d'un mineur. — 2° L'abus de blanc-seing. — 3° L'abus de confiance par soustraction de pièces, titres ou mémoires dans une contestation judiciaire. — Ils supposent l'idée d'une confiance trahie : C'est à peu près le seul point de ressemblance qu'ils présentent avec l'abus de confiance prévu par l'art. 408 C. pén.

PREMIÈRE PARTIE

CARACTÈRES DE L'ABUS DE CONFIANCE

CHAPITRE Ier

DE L'ABUS DE CONFIANCE DÉLIT SPÉCIAL

L'histoire de l'abus de confiance est courte. Elle ne dure que depuis un siècle. Ce fut en effet le Code pénal de 1791 qui fit pour la première fois du détournement frauduleux d'une chose confiée un délit distinct. Précédemment, aux diverses époques de la législation romaine et de l'ancien droit français, ou bien les faits qui constituent l'abus de confiance actuel étaient complètement impunis et ne donnaient lieu qu'à une action purement civile, ou bien certains de ces faits étaient punis comme le vol, délit avec lequel ils se confondaient. Nous nous proposons de rechercher brièvement de quelle manière cette assimilation se pratiquait dans les législations de Rome et de l'ancienne France, et de montrer comment l'état de choses défectueux qui en résultait amena le législateur de l'époque intermédiaire à créer le délit spécial d'abus de confiance.

Mais auparavant, il importe d'établir une distinction très nette entre le vol et l'abus de confiance d'une part, l'abus de confiance et l'escroquerie d'autre part. Cette double distinction présente une grande importance et en théorie et en pratique.

SECTION PREMIÈRE

Différences entre le vol et l'abus de confiance

Le vol et l'abus de confiance présentent ce caractère commun d'être une violation du droit de propriété. Le voleur et l'individu condamné pour abus de confiance, méconnaissant l'un et l'autre le droit d'un tiers, privent celui-ci de son bien et se substituent sciemment à lui. Mais cette violation du droit de propriété ne s'accomplit pas de la même façon dans les deux cas.

S'agit-il d'un vol ? Nous constatons que, par suite du fait délictueux, l'objet litigieux a passé, matériellement parlant, d'un détenteur primitif à un détenteur subséquent ; que l'acte reproché à ce dernier — et nous employons ici les termes d'un arrêt de la Cour de cassation — est celui d'avoir « pris, enlevé, ravi » cet objet (1). S'agit-il d'un abus de confiance ? L'acte délictueux (détournement frauduleux) ne réside pas dans le transport de la chose des mains de la victime du délit dans celles de

(1) Cass. 9 novembre 1849, D. 49, 5, 412.

l'auteur du délit : et cela pour cette raison, que le coupable la détenait avant sa faute, en vertu d'un contrat légitime et déterminé. L'acte délictueux consiste dans la destruction ou dans le détournement de cette chose, au mépris des droits de propriété conservés sur elle par la victime de l'abus de confiance.

Ce fut cette distinction, primitivement toute théorique, qui, reconnue légalement pour la première fois par le Code pénal de 1791, acquit sa forme définitive dans le Code pénal de 1810. Les articles 379 et 408 la traduisent ainsi :

« Quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartenait pas est coupable de vol. » (Art. 379 C. pén.)

« Quiconque aura détourné ou dissipé au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge, qui ne lui auraient été remis qu'à titre de louage, de dépôt, de mandat, de nantissement, de prêt à usage ou pour un travail salarié ou non salarié, à la charge de les rendre ou représenter, ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé, sera puni des peines portées dans l'article 406, etc. ». (Art. 408 C. pén.)

Il ne saurait être indifférent au défendeur d'être poursuivi par l'une ou par l'autre des actions

intentées en vertu des articles ci-dessus. En effet, les pénalités qu'il encourt peuvent être suivant le cas bien différentes. Le législateur a montré plus d'indulgence pour l'abus de confiance que pour le vol, et cela sous plusieurs rapports.

Et d'abord, pour ne parler que de vols et d'abus de confiance non qualifiés, la différence de pénalité est sensible. L'art. 401 du C. pén. punit le vol d'un emprisonnement de un an au moins et de cinq ans au plus, et d'une amende facultative de seize francs au moins et de cinq cent francs au plus, tandis que les peines encourues pour abus de confiance sont seulement, aux termes des art. 408 et 406, un emprisonnement de deux mois au moins et de deux ans au plus et une amende proportionnelle aux restitutions dues et aux dommages-intérêts accordés.

Si nous passons aux vols et abus de confiance qualifiés, nous voyons que le crime d'abus de confiance est simplement puni de réclusion, alors que certains vols qualifiés sont réprimés par les travaux forcés à perpétuité (art. 383 C. pén.) (1), et que les autres vols qualifiés, sans être atteints aussi

(1) Art. 383 C. pén. : « Les vols commis sur les chemins publics emporteront la peine des travaux forcés à perpétuité lorsqu'ils auront été commis avec deux des circonstances prévues par l'art. 381... » : par exemple vols commis la nuit — par deux ou plusieurs personnes — ces individus étant porteurs d'armes apparentes ou cachées, etc. (Voyez art. 381 C. pén.).

rigoureusement que les précédents, sont frappés de peines qui dépassent néammoins en gravité celles de la réclusion, uniformément appliquée à tout crime d'abus de confiance.

De plus, tandis que l'abus de confiance n'est un crime qu'à raison seulement de la qualité de l'accusé (officiers publics ou ministériels, domestiques, hommes de service à gage, etc.), le vol est qualifié crime dans un très grand nombre de circonstances telles que l'effraction, l'escalade, la violence, le fait d'avoir des armes apparentes ou cachées, etc..., sans préjudice d'ailleurs du caractère de criminalité ressortant d'après la loi de la profession de l'accusé.

Comment expliquer cette clémence relative montrée à divers égards par le législateur dans la répression de l'abus de confiance?

Nous avons vu dans quelles conditions se perpétraient le vol et l'abus de confiance. Du simple examen de ces conditions, il semble résulter qu'un abus de confiance est plus facile à commettre qu'un vol : L'inculpé, au moment où il agit, a déjà l'objet du délit en sa possession matérielle et effective : il n'a pas à le soustraire. Supposons par exemple un individu qui se sert journellement et depuis très longtemps d'un objet prêté, dont la restitution ne lui a jamais été demandée depuis le prêt. Des années s'étant écoulées, c'est presque incons-

ciemment, peut-être, que le détenteur regarde cet objet comme sien, et qu'il en dispose. Certainement la loi devait réprimer cette tendance fâcheuse qu'ont certains hommes à méconnaître la propriété d'autrui pour en avoir trop longtemps joui. Mais devait-elle punir ce qui n'est parfois qu'un oubli des peines du vol ? Celles de l'abus de confiance sont suffisantes. — Plus fréquent est le cas suivant : Momentanément gêné dans ses affaires, un individu dispose d'une somme confiée, sciemment, mais avec la certitude morale de pouvoir restituer cette somme, lorsqu'elle lui sera réclamée : Il doit être puni de son imprudence. Mais serait-il juste qu'il fût traité aussi sévèrement qu'un voleur ?

Ce n'est pas cependant dans cet ordre d'idées que nous trouverons la véritable raison de l'indulgence montrée par le législateur dans la répression de l'abus de confiance. Les circonstances dont nous venons de parler sont en somme exceptionnelles. Les personnes atteintes par les peines de l'article 408 sont en général conscientes de la responsabilité qu'elles encourent, et elles donnent à l'*acte frauduleux* qu'elles commettent une adhésion formelle et définitive. Elles sont même en principe plus gravement coupables que le voleur : elles causent le même préjudice que ce dernier au propriétaire de l'objet, et de plus, elles abusent de la confiance que la victime du délit a mise en elles,

en les chargeant d'un mandat ou en leur donnant un objet en dépôt.

Si, malgré cette considération, l'abus de confiance est réprimé moins sévèrement que le vol : « c'est, dit M. Normand (1), parce que le législateur s'est inspiré des nécessités de l'ordre social, de cette circonstance qu'il est plus facile de se garantir et de se protéger contre l'abus de confiance que contre le vol. » Et, en effet, l'abus de confiance menace seulement ceux qui sont assez imprudents pour mal placer leur confiance. La victime du délit subit souvent les conséquences de sa faute : elle a montré de l'imprévoyance en donnant à un individu qui n'était pas digne de sa confiance — l'événement l'a prouvé — la tentation de s'emparer de son bien, et de trop grandes facilités pour accomcet acte : personne au contraire n'est à l'abri du vol, et à bien peu de gens, croyons-nous, se pourraient adresser les paroles de la Flèche à Harpagon : « Etes-vous un homme volable, vous ? » (1).

En résumé : l'abus de confiance est généralement considéré comme plus grave en soi que le vol. Malgré cela, le législateur l'a frappé de peines moins graves que celles du vol. Cette anomalie apparente peut s'expliquer ainsi : l'intérêt de la *conservation sociale* n'exigeait pas contre le détour-

(1) Normand, *Traité élémentaire du droit criminel*, p. 84, n° 45.
(1) L'*Avare*, acte I, scène III.

nement frauduleux des pénalités aussi fortes que celles de la soustraction frauduleuse (1).

SECTION II

Différences entre l'escroquerie et l'abus de confiance

Ces deux délits ont été parfaitement distingués entre eux et par rapport au vol dans un arrêt de la Cour de cassation du 2 mai 1835 (2). « Indépendamment de la fraude, condition commune et essentielle, dit la Cour suprême, le vol consiste d'après l'art. 379 du Code pénal à *soustraire ;* l'escroquerie d'après l'art. 405 à *se faire remettre ;* l'abus de confiance à *dé-*

(1) D'après ce que nous avons dit des différences caractéristiques du vol et de l'abus de confiance (soustraction d'une part, détournement de l'autre) il semblerait que toute confusion fût impossible entre ces délits. Il n'en est rien cependant, ou du moins, la jurisprudence montre quelquefois une certaine hésitation dans diverses espèces. Nous nous bornons à signaler ici quelques-unes de ces questions controversées (nous réservant de discuter les plus importantes dans le chapitre consacré aux éléments constitutifs de l'abus de confiance.)

— Le détournement par un individu d'objets contenus dans une malle confiée à sa garde est-il un vol ou un abus de confiance ? (Voyez *infra*, et Lévy, *Éléments constitutifs du vol, de l'escroquerie et de l'abus de confiance*, p. 87).

— L'article 408 s'applique-t-il au détournement d'une lettre missive ? (Voyez *infra*.)

— L'individu qui détourne à son profit des pièces de monnaie qu'il est chargé de changer en espèces d'une autre nature commet-il un vol ou un abus de confiance ? (Voyez *infra*, et Lévy, op. cit. p. 87).

(2) Cas. 2 mai 1835 (*J. cr.*, art. 1589), cité par Morin, *Répertoire du droit criminel*, p. 31).

tourner ou à dissiper » (1). Nous ne nous occuperons ici que des seuls rapports de l'escroquerie et de l'abus de confiance entre eux.

Le premier de ces délits consiste donc à se faire remettre frauduleusement un objet (2), le second à détourner ou à dissiper frauduleusement un objet préalablement remis au coupable à divers titres déterminés. Si nous analysons ces deux actes, ils présentent les éléments *communs* suivants : 1° un élément matériel, la remise de la chose ; 2° un élément intentionnel, la fraude. Seulement ces deux éléments communs se combinent dans chaque délit de manière différente, et c'est ce qui permet de distinguer : d'une part, le délit d'escroquerie, d'autre part, le délit d'abus de confiance.

(1) Les termes employés par la Cour de cassation sont ceux-là mêmes employés par les art. 379, 405 et 408 du C. pén.

Art. 405 (modifié par la loi du 13 mai 1863) : « Quiconque, soit en faisant usage de faux noms ou de fausses qualités, soit en employant des manœuvres frauduleuses pour persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident, ou de tout autre événement chimérique, se sera fait remettre ou délivrer, ou aura tenté de se faire remettre ou délivrer des fonds, des meubles ou des obligations, dispositions, billets, promesses, quittances ou décharges, et aura, par un de ces moyens, escroqué ou tenté d'escroquer la totalité ou partie de la fortune d'autrui, sera puni d'un emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus, et d'une amende de cinquante francs au moins et de trois mille francs au plus. Le coupable pourra être en outre... etc. Voir outre les art. 379 et 408 C. pén. *supra*.

(2) V. Garraud, *Droit pénal français*, tome V.

« Dans l'escroquerie, dit en effet M. Garraud, le dol précède la remise de la chose : il réside dans les manœuvres qui ont déterminé le dépouillement de la victime ; dans l'abus de confiance, au contraire, la fraude n'intervient qu'après cette remise, dans le détournement *a posteriori* de l'objet qui a été librement et valablement confié. »

Moins sévèrement réprimé que le vol (v. art. 405 du Code pénal), l'abus de confiance est également moins réprimé que l'escroquerie, et cela pour les mêmes raisons : d'ailleurs, plus que toute autre infraction, l'escroquerie suppose chez l'agent du délit une préméditation coupable, qui rend l'escroc plus indigne de l'indulgence de la justice que l'individu convaincu d'abus de confiance. En un mot, l'escroquerie dénote des tendances plus perverses et plus dangereuses que l'abus de confiance, et c'est à bon droit que l'art. 405 contient des dispositions rigoureuses (1).

(1) Les limites de l'escroquerie et de l'abus de confiance étant assez nettes, le domaine respectif de ces délits étant bien circonscrit, nous ne voyons dans la jurisprudence que peu de doutes s'élever, lorsqu'il s'agit d'incriminer un fait soit d'escroquerie soit d'abus de confiance. Cependant nous pourrions citer quelques arrêts réformant des jugements pour avoir à tort reconnu le premier de ces délits au lieu du second, ou réciproquement.

Tel l'arrêt de Riom du 31 mars 1886. (S. 86, II, 132). Les juges de 1re instance avaient qualifié d'escroquerie le fait suivant : Manxion, marchand ambulant, avait vendu plusieurs objets et avait reçu en paiement une pièce d'or d'une valeur supérieure

SECTION III

Des origines de l'abus de confiance

Le *délit* d'abus de confiance remonte à l'époque révolutionnaire. Il n'est pas sans intérêt, avant d'aborder l'histoire proprement dite de ce délit, d'examiner de quelle manière étaient traités par les Romains et par les tribunaux de l'ancienne France les *faits* d'abus de confiance.

§ 1er

Droit Romain

Une simple lecture des définitions du *furtum* suffit pour comprendre que ce délit, pris par les Romains dans une acception très compréhensive, embrassait à la fois des faits de vol, d'escroquerie et d'abus de confiance :

« *Furtum est* contrectatio *rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus rei, possessionisve* ». (L. 1. § 3. D. de furtis XLVII. II) (1).

à celle de la marchandise vendue. Or il lui était reproché d'avoir rendu la monnaie qu'il devait en pièces de nickel suisses qu'il avait fait passer pour des pièces de 0,50. La Cour de Riom refusa au contraire de voir dans ce fait une escroquerie, car « les manœuvres frauduleuses employées pour se faire remettre ou délivrer les fonds » faisaient défaut, puisque la remise de la pièce d'argent par le plaignant avait été entièrement volontaire et que le prévenu n'avait employé de manœuvres frauduleuses que pour retenir la monnaie.

(1) Autre définition : « *Furtum autem fit... generaliter cum quis rem alienam invito domino* contrectat ». (Gaius, III. § 195.)

Tandis qu'en droit pénal français l'art. 379 C. pén. se sert du mot très précis de « soustraction », le texte de Gaius emploie l'expression absolument vague de « contrectatio », que l'on traduit généralement par le mot « maniement » : Cette idée de maniement frauduleux de la chose d'autrui peut évidemment convenir à un grand nombre de faits délictueux. Et ce qui prouve bien que ce terme a été choisi avec intention, c'est l'abondance des textes particuliers qui, en effet, désignent spécialement tel ou tel fait comme une variété du *furtum*. Citons quelques-uns de ceux qui se rapportent à notre matière :

« *Centum dedero ut ea titio dares, tuque non dederis sed consumpseris et mandati et furti teneri te, Proculus ait.* » (L. 22. § 7. D. mandati XVII. I.) C'est le détournement d'un objet confié en vertu du contrat de mandat. De même :

« *Julianus libero 22 Digestorum scripsit si pecuniam quis a me acceperit ut creditori meo solvat, deinde eum tantam pecuniam eidem creditori deberet suo nomine solverit : furtum eum facere.* » (L. 52. § 16. D. de furtis XLVII. II.)

Le détournement du gage est également considéré comme un vol : « *Eum creditorem, qui post solutam pecuniam pignus non reddat, teneri furti Mela ait, si celandi animo retineat, quod verum esse arbitror.* » (L. 52. § 7. D. de furtis XLVII. II.)

D'autre part, des textes précis nous apprennent que le seul fait par un dépositaire de se servir de la chose déposée ou, celui par un commodataire de faire de la chose prêtée un usage non prévu dans le contrat, constituent des vols : Il s'agit ici du vol d'usage, *furtum usus*. (V. Gaius, III, 193 et 197). Or, si le simple usage d'un objet était réprimé comme un vol, à plus forte raison en était-il de même du détournement de cet objet (1).

Ces divers délits étaient compris, à n'en pas douter, au nombre des vols « non manifestes », au moins quand il s'agissait d'une violation de contrat par détournement de la chose (seule hypothèse qui puisse nous intéresser : seule en effet elle peut offrir véritablement des cas d'abus de confiance), car si le voleur était trouvé nanti de l'objet, comme il arrivait au cas de vol d'usage, sa situation était assimilée à celle du voleur manifeste, c'est-à-dire pris sur le fait : il était puni comme l'aurait été ce dernier (2).

La peine du *furtum nec manifestum* était une composition pécuniaire, c'est-à-dire une obligation

(1) Ce n'est pas, dit M. Garraud, que la différence caractéristique entre l'abus de confiance et le vol ait échappé aux jurisconsultes romains : *inficiando depositum*, disent-ils, *nemo facit furtum, nec enim furtum est ipsa inficiatio, licet prope furtum est* (l. 57, princ., D. *de furtis* XLVII, II.) Mais ils n'avaient pas cru devoir en tenir compte.

(2) V. Petit, n° 451, A, 1. Le voleur manifeste était puni d'une composition égale au quadruple du préjudice causé.

pour l'auteur du délit de donner à celui qui en était la victime une somme évaluée au double de l'intérêt qu'avait le demandeur à ne pas être volé (1).

§ 2

Ancien droit français

Pendant la période obscure comprise entre l'occupation romaine et le XI[e] siècle environ, le droit romain étendit son empire sur presque tout le territoire de la France, mais, dans quelques régions, concurremment avec des lois d'origine germanique (V. Guizot, *Histoire de la civilisation en France*, tome I, 9[e] cours). Aussi dût-il subir de nombreuses modifications.

Les principes de droit romain que nous venons d'exposer sur la *répression* du vol (répression assurée par une composition pécuniaire) se maintinrent, croyons-nous, dans une certaine mesure : Comment en eut-il été autrement ? Les principes du droit germanique ne pouvaient pas, nous semble-t-il, réagir sur un mode de répression pratiqué dans les tribus germaines d'une manière plus générale que partout

(1) Cette large réparation pécuniaire n'excluait pas l'idée de restitution de l'objet. Cette restitution s'obtenait par l'une des trois actions suivantes : la *reivindicatio*, l'action *ad exhibendum* ou la *condictio*. — L'action *ad exhibendum*, croyons-nous, devait être la plus pratique, car elle se donnait contre tout possesseur de la chose volée et contre toute personne qui avait cessé de posséder par dol, soit en remettant la chose à un tiers, soit en la détruisant. Elle cadrait bien avec notre hypothèse.

ailleurs. Chez les Germains, le Wergheld, sorte de composition pécuniaire, était en effet la peine de droit commun ; seulement il était débattu entre l'auteur et la victime du délit, de sorte que « la condamnation *in duplum* » des Romains dût, dans quelques régions au moins, être remplacée par l'obligation à une somme évaluée arbitrairement. En tout cas, d'une manière générale, nous croyons que le système de la réparation pécuniaire a dû être pendant longtemps la sanction du vol et des délits connexes.

Les règles romaines en matière d'*incrimination* des vols et faits analogues ont-elles survécu durant cette période ? L'abus de confiance a-t-il continué d'être traité comme un véritable vol ? Il serait assurément très difficile de répondre à ces questions. Au surplus, ces hypothèses particulières ne présentent pas un bien vif intérêt. La science du droit ne fait de progrès appréciable ni sur ce point ni sur d'autres. Le seul fait digne de remarque, c'est que, pendant ces siècles peu éclairés, si la tradition romaine va s'affaiblissant d'une manière continue, cependant elle ne s'interrompt jamais complètement. Les mœurs en restent toujours imprégnées. Et, lorsqu'au XVI[e] siècle, l'étude directe des sources classiques produira la renaissance du droit romain, celui-ci reprendra une autorité souveraine, au moins dans une partie de la France.

Mais avant l'accomplissement de cette grande rénovation juridique du XVI^e^ siècle, s'était produite sous l'influence d'une institution nouvelle, la féodalité, une transformation géographique et sociale d'une importance considérable. Le pouvoir central avait perdu sa force et son ascendant. Les grands fiefs jouissaient en fait d'une autonomie incontestable. Et cela n'était pas moins vrai au point de vue juridique qu'au point de vue politique. Or, cet état de choses entraîna la division de la France, un pays de coutumes et pays de droit écrit, phénomène historique expliqué par M. Bertauld (1) de la manière suivante : « On comprend, dit-il, que les usages qui prévalaient dans chaque agrégation féodale s'imprégnaient plus ou moins de l'élément germanique ou de l'élément romain suivant l'importance comparative de nombre et d'influence des races. Au nord, l'élément germanique était prédominant, au midi l'élément gallo-romain. De là, plus tard, au nord, les pays de coutumes, et au midi, les pays de droit écrit ».

Dans ces derniers pays, le XVI^e^ siècle vit refleurir la législation romaine presque intégralement. Il suffit donc de connaître les dispositions des lois romaines sur le vol et l'abus de confiance pour savoir à peu près exactement comment se pratiquait à cette époque la répression de ces délits dans le midi de la France. Il est plus difficile de

(1) Bertauld, *Cours de droit pénal*, p. 53.

savoir comment elle se pratiquait dans les pays du nord de la France. La multiplicité des coutumes est un obstacle à une information d'ensemble. De plus, au point de vue pénal, la plupart d'entre elles sont très incomplètes. On s'attachait fort peu dans l'ancien droit à classer les délits ; et cela tenait, nous dit un auteur, à ce que les peines étaient la plupart du temps arbitraires, si bien que, lorsqu'il arrivait que la loi prît le soin d'en indiquer une, elle en fixait le maximum en ajoutant presque toujours : « Sans préjudice de plus grandes peines, s'il y échoit. » Il y avait donc fort peu d'intérêt à classer un délit donné sous telle ou telle rubrique (1).

Et cela est si vrai, que seuls les auteurs du XVIII[e] siècle nous donnent des notions un peu étendues sur le vol et prétendent le définir (2).

Encore ne s'entendent-ils pas entre eux. Ainsi, en matière de dépôt, Pothier voit un vol dans le simple usage de la chose déposée : « Le dépositaire, dit-il, qui *se sert* des choses confiées à sa garde sans le consentement au moins présumé de celui

(1) V. Lévy. *Eléments constitutifs du vol, de l'escroquerie et de l'abus de confiance,* p. 65.

(2) Voici par exemple la définition que Jousse donne du vol : « On entend par vol toute soustraction et enlèvement frauduleux du bien d'autrui dans le dessein de se l'approprier et de s'en servir sans le consentement de celui à qui il appartient. » (Jousse, *Traité de la justice criminelle en France,* tome IV, titre XVII, art. 1.)

qui les lui a confiées, non seulement viole la fidélité qu'il doit à la garde du dépôt, mais il se rend coupable d'un vol (1) », et Pothier ajoute : « Le vol de l'usage d'une chose, quoique différent du vol de la chose même, ne laisse pas d'être un véritable vol ». C'est très net. Mais Claude Serre, qui vivait au même temps que Pothier, professe des idées absolument contraires. Il écrit, en 1753, ce qui suit : « Suivant l'empereur Justinien, il y a vol non seulement quand on prend ou qu'on emporte, mais quand on se sert de la chose d'autrui contre sa volonté ; *mais en France* nous n'admettons point d'autre larcin que celui qui se fait de la chose même pour se l'approprier : car dans les autres cas, soit du *dépôt*, du gage ou du commodat, dont on aurait abusé, on ne doit se pourvoir que par la voie civile pour ses dommages et intérêts, si on en a souffert, ou si la chose a été détériorée. »

Sans insister davantage sur cette importante divergence d'opinions entre Pothier et Serre au sujet du vol d'usage, remarquons que dans cette déclaration de principes, Claude Serre traite incidemment de *vol* « l'*appropriation* » frauduleuse de la chose déposée, donnée en gage ou donnée en commodat : En

(1) Pothier, *Traité du Contrat de dépôt* n° 34. Edition Bugnet, tome V.) M. Bugnet met en note après ces derniers mots : « Ce ne serait aujourd'hui qu'un abus de confiance. » Nous nous proposons de montrer, dans un chapitre ultérieur, que cette assertion n'est pas exacte.

dernière analyse, cette appropriation frauduleuse doit s'opérer par un *détournement* ou par une *dissipation* de l'objet, puisque (en dehors d'un acte d'usage indû de la chose, acte par hypothèse mis à part), le détenteur, nanti du reste légitimement de l'objet, ne peut faire acte d'appropriation, ou si l'on veut *de propriétaire* qu'en détournant ou qu'en dissipant l'objet. Or, se conduire ainsi, cela s'appellerait dans notre langage actuel : commettre un abus de confiance. Et nous constatons donc ce fait : « En France (1) », d'après Claude Serre, plusieurs sortes d'abus de confiance étaient réprimés. Et ils étaient réprimés comme des vols.

D'ailleurs, à cette époque, l'opinion de Serre n'est pas isolée : Jousse (1771) (2) estime que commet un vol : « celui qui, étant chargé d'une somme d'argent qui lui a été donnée pour aller payer un créancier, retient frauduleusement cette somme et l'applique à son profit », (c'est l'abus de mandat) ; ou encore « celui chez qui on a mis des bestiaux à cheptel à la charge de les nourrir et de donner le croît au propriétaire ou maître de ces bestiaux

(1) « En France », expression qu'il faut traduire ainsi : « dans le Nord de la France », dans les pays de coutumes. (Les explications de Serre se rapportent à ces régions. Elles ne s'appliquent pas aux pays de droit écrit, dans lesquels le droit romain avait force de loi, et où ces questions n'étaient pas discutées.)

(2) Jousse, *Traité de la Justice criminelle en France*, tome IV, p. 175).

et qui vend ou détourne en cachette ces bestiaux, ou leur croît, » (c'est l'abus de louage). Muyart de Vouglans (1) parle des « vols » faits par les meuniers qui s'emparent des grains et farines déposés dans leur moulin (c'est l'abus de dépôt).

A la veille de la codification de nos lois pénales, on était donc à peu près d'accord pour voir des vols dans le détournement d'objets confiés en vertu de certains contrats déterminés. Et l'accord était complet en ce qui concerne le détournement de l'objet remis en dépôt.

Aussi bien, est-ce de la violation de ce dernier contrat seulement, que le C. pén. de 1791 fera ce délit *sui generis* plus tard appelé abus de confiance.

SECTION IV

L'abus de confiance depuis sa création en 1791 jusqu'à nos jours

Lorsque fut entrepris le grand travail de la refonte et de la codification de nos lois pénales, on pensa que si la violation d'un dépôt était un acte très répréhensible, cet acte était cependant moins dangereux pour la société, que la « soustraction frauduleuse » de la chose d'autrui (nous croyons avoir démontré le bien fondé de cette

(1) Muyart de Vouglans, *les lois criminelles de la France* (p. 299).

idée dans la section 1re du présent chapitre. Aussi n'insistons-nous pas.) On distingua donc du vol le détournement de l'objet déposé, en infligeant à ce dernier fait une peine toute différente : la dégradation civique. Le délit d'abus de confiance était créé (1). L'art. 29 (partie II, tit. II, sect. II) du C. pén. de 1791 s'exprimait ainsi : Quiconque sera convaincu d'avoir détourné à son profit ou dissipé ou méchamment et à dessein de nuire à autrui, brûlé ou détruit d'une manière quelconque des effets, marchandises, deniers, titres de propriété, écrits ou actes emportant obligation ou décharge ou toutes autres propriétés mobilières qui lui avaient été confiés gratuitement à la charge de les rendre ou de les représenter, *sera puni de la dégradation civique.* »

Moins de dix ans après la promulgation de ce texte, le législateur changea le mode de répression de l'abus de dépôt. Une peine d'ordre exclusivement moral ne remplissait pas le but cherché. Trop clémente envers certains individus, la loi était trop rigoureuse envers d'autres. Et ceux qu'elle atteignait le moins gravement étaient précisément des gens indignes de pitié, c'est-à-dire des malfaiteurs et des récidivistes. Aussi la dégradation civique fût-

(1) Sans toutefois recevoir légalement ce nom, que l'on trouve pour la première fois dans le Code pénal de 1810.

elle remplacée par une peine d'emprisonnement en vertu du texte suivant :

« Quiconque sera convaincu d'avoir détourné à son profit ou dissipé (1) des effets, marchandises, deniers, titres de propriété ou autres emportant obligation ou décharge et toutes autres propriétés mobilières qui lui auraient été confiées gratuitement à la charge de les rendre ou de les représenter, *sera puni d'une peine qui ne pourra être moindre d'une année, ni excéder quatre années d'emprisonnement.* » (Art. 12 de la loi du 25 Frimaire an VIII.)

Nouveau remaniement en 1810. Le Code pénal, tout en maintenant la peine d'emprisonnement, en abaisse un peu la durée : Cet emprisonnement sera de deux mois au moins et de deux ans au plus. Par contre, le prévenu encoure désormais une amende, « qui ne pourra excéder le quart des restitutions et des dommages-intérêts qui seront dus aux parties lésées, ni être moindre de vingt-cinq francs ». Enfin, innovation importante, au détournement des objets remis en dépôt est ajouté le détournement des objets remis *pour un travail salarié, à la charge d'en faire un usage ou un emploi déterminé.*

C'était un progrès réel que cette extension du

(1) Remarquer la suppression des mots : « ou méchamment et à dessein de nuire à autrui brûlé ou détruit d'une manière quelconque.... etc. » ; le mot « dissipé » suffisait à exprimer cette idée.

délit à un cas nouveau. Mais pourquoi restreindre à ces deux seuls cas une incrimination qui se fût appliquée avec autant de raison à d'autres ? Y avait-il lieu de distinguer par exemple entre ces contrats privilégiés et des contrats tels que le louage et le mandat ? Les assimilations en matière pénale sont de droit étroit. Le juge doit s'en tenir à la lettre de la loi et les solutions de la jurisprudence avaient mis en évidence tout ce que la loi avait d'incomplet et d'arbitraire. L'art. 408 reçut donc une nouvelle modification : La loi du 28 avril 1832 étendit les dispositions de l'art. 408 à trois cas nouveaux : aux détournements d'objets remis à titre *de louage, de mandat ou pour un travail non salarié.*

Cette loi est importante à un autre point de vue : Elle crée le *crime d'abus de confiance,* en punissant de réclusion l'auteur de l'infraction s'il est *domestique, homme de service à gages, élève, clerc, commis, ouvrier, compagnon ou apprenti,* et si l'abus de confiance a été commis au préjudice de son maître. C'est un principe nouveau que cette aggravation de peine due à la *qualité* du coupable (ce principe n'est pas nouveau en droit pénal : un domestique qui *vole* son maître a toujours été considéré comme ayant commis un *crime,* et cela dès le C. P. de 1810. V. art. 386 C. pén. — mais il est nouveau en matière d'abus de confiance.)

Enfin la loi du 13 mai 1863 complète l'art. 408 dans les deux ordres d'idées qui ont servi de thème aux remaniements antérieurs de cet article :

D'une part, à la série des contrats dont la violation constitue l'abus de confiance, elle ajoute : le nantissement et le prêt à usage.

D'autre part, à la liste des individus dont la qualité entraine une aggravation de peines, elle ajoute les officiers publics ou ministériels.

Et le texte de l'art. 408 acquiert ainsi sa forme définitive : « Quiconque aura détourné ou dissipé, » au préjudice des propriétaires, possesseurs ou déten- » teurs, des effets, deniers, marchandises, billets, » quittances ou tous autres écrits contenant ou opé- » rant obligation ou décharge qui ne lui auraient » été remis qu'à titre de louage, de dépôt, de man- » dat, de nantissement, de prêt à usage, ou pour » un travail salarié ou non salarié, à la charge de » les rendre ou représenter, ou d'en faire un usage » ou un emploi déterminé, sera puni des peines » portées en l'art. 406.

» Si l'abus de confiance prévu et puni par le pré- » sent paragraphe a été commis par un officier » public ou ministériel, ou par un domestique, » homme de service à gage, élève, clerc, commis, » ouvrier, compagnon ou apprenti, au préjudice de » son maître, la peine sera celle de la réclusion.

» Le tout sans préjudice de ce qui est dit aux

» art. 254, 255, 256, relativement aux soustractions
» et enlèvements de deniers, effets ou pièces, com-
» mis dans les dépôts publics. »

CHAPITRE II

ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE L'ABUS DE CONFIANCE

L'abus de confiance se compose de quatre éléments :

1° Un détournement frauduleux.

2° Un préjudice causé ou possible.

3° Un objet déterminé par la loi.

4° La remise de cet objet à un titre également déterminé par la loi.

Le délit est constitué dès que ces quatre éléments sont réunis. Mais si dans une hypothèse donnée l'un d'eux fait défaut, il n'y a pas abus de confiance : Il peut y avoir délit *civil*, mais il n'y a pas délit *pénal* (1).

(1) Le droit distingue deux sortes de délits : le délit *civil* et le délit *pénal*. Le premier est défini par l'article 1382 du Code civil : « *Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage* ». Le second est une infraction à la loi pénale : « C'est, dit M. Normand *(Traité élémentaire de droit criminel,* n° 148), une action ou une inaction *prévue par la loi sanctionnée par une peine proprement dite* et qui ne se justifie pas par l'exercice d'un droit ou l'accomplissement d'un devoir. »

Dans le cours de ce chapitre, nous rencontrerons plusieurs hypothèses voisines de l'abus de confiance, mais auxquelles fait défaut tel ou tel des éléments constitutifs de ce délit. (Voy. *infra* par exemple : détournement d'objets confiés en vertu d'un contrat de vente à condition ; — détournement d'objets confiés par erreur ; — détournement de lettres ne contenant pas obligation ou décharge.). Ces faits illicites et dommageables, se trouvant en dehors des termes de la loi pénale, constituent des *délits civils* et ne sauraient entraîner qu'une action privée tendant à la réparation du dommage matériel ou moral qu'ils ont causé. Cette action, dite quelquefois

SECTION PREMIÈRE

Détournement frauduleux

I. **Elément matériel du détournement.** — Le détournement ou la dissipation des objets confiés

« *civile* », est plus connue sous le nom de : « *action en dommages-intérêts* ».

S'il s'agit d'un *délit pénal*, par exemple de l'abus de confiance prévu par l'art. 408 du C. pén., deux actions sont possibles : l'*action publique*, exercée par le ministère public au nom de la société, dans le but de faire appliquer la peine prévue par la loi, et une action privée, intentée par la partie lésée, destinée à obtenir la réparation du dommage matériel ou moral résultant du délit pénal et connu sous le nom de : « *action civile* » ou « *action civile proprement dite* ».

Ces principes établis, laissant de côté tout parallèle entre l'action publique et l'action civile proprement dite, qui naissent l'une et l'autre d'un délit pénal, nous nous bornerons à indiquer quelles différences présentent entre elles les deux actions privées que nous venons de signaler, c'est-à-dire : l'action civile en dommages-intérêts résultant d'un délit civil, l'action civile proprement dite, résultant d'un délit pénal :

a) L'action en dommages-intérêts ne peut être portée que devant des tribunaux d'ordre civil (justice de paix, tribunal civil) ; — l'action civile peut être portée devant un tribunal d'ordre civil, ou devant un tribunal d'ordre répressif (cour d'assises, tribunal correctionnel).

b) L'action en dommages-intérêts s'éteint par la prescription de droit commun (qui est de trente ans, art. 2262 C. civ.) ; — l'action civile, étant l'une des sanctions d'un délit pénal s'éteint dans les mêmes délais que l'autre sanction de ce délit, l'action publique, c'est-à-dire par 10 ans, 3 ans ou un an (art. 637, 638, 640 C. instr. crim.)

c) La loi du 22 juillet 1867 ayant supprimé la contrainte par corps « en matière civile », les condamnations obtenues par une demande en dommages-intérêts ne sont pas exécutoires par la voie de contrainte par corps ; il en est autrement des condamnations en dommages-intérêts obtenues par l'exercice de l'action civile proprement dite.

au prévenu constitue le premier élément du délit d'abus de confiance.

Détourner, c'est distraire un objet de sa destination par une sorte d'appropriation frauduleuse. C'est, pour le simple détenteur d'un objet, se conduire comme s'il en était le propriétaire.

Dissiper, c'est encore agir comme seul le propriétaire de l'objet pourrait le faire. C'est même exercer le droit le plus absolu que puisse exercer ce propriétaire, le droit que les Romains appelaient « abusus ». Il ne faut pas s'y tromper en effet : le législateur en employant le terme de « dissipation » a fait allusion à cet acte de disposition extrême qui est la *destruction* de l'objet.

On en trouve la preuve dans l'un des textes qui ont précédé l'art. 408 du Code pénal actuel, dans l'art. 29 (part. II, tit. II, sect. II) du Code pénal de 1791. Ce texte punissait des peines de l'abus de confiance quiconque aurait « dissipé ou méchamment et à dessein de nuire à autrui, *brûlé ou détruit d'une manière quelconque* » des effets, deniers, marchandises ou autres objets confiés aux divers titres exprimés par la loi. — Mais, pourrait-on nous objecter, ces mots « brûlé ou détruit » ont disparu des textes postérieurs à celui-ci : Autrefois ils pouvaient préciser le mot dissiper dans le sens de « destruction », mais maintenant, rien n'empêche de prendre ce mot dans une autre acception. La signification

du mot « dissipé » ne serait-elle pas maintenant déterminée par le mot voisin, « détourné » ? Le législateur n'a-t-il pas voulu exclure l'idée de destruction de l'objet et garder seulement celle de détournement ?

Une double réponse peut être faite à cette objection : Et d'abord il est possible que les rédacteurs de la loi de l'an VIII aient trouvé le mot dissiper suffisamment explicite et suffisamment général pour embrasser tous les cas possibles de destruction. (D'ailleurs ces cas de destruction ne pouvant être tous énumérés dans un article du Code, mieux valait n'en désigner aucun). Ce membre de phrase, étant inutile, aurait donc été supprimé, de manière à alléger ce texte, déja long, — En second lieu, nous répondons que l'idée de destruction peut-être maintenue, même si on veut prendre le mot dissiper dans le sens de détourner : Qu'est-ce en effet que la destruction de l'objet confié, sinon un détournement du droit de propriété qu'a sur cet objet celui qui l'a confié ? Les mots dissipation et détournement sont, deux termes généraux qui ne signifient pas plus destruction de la chose que remise furtive de cette chose à un tiers : mais ils veulent dire tout cela (1). Donc, l'idée de des-

(1) Aussi les emploierons-nous indifféremment l'un pour l'autre. Cependant, nous ferons usage surtout du mot « détournement », car il semble être le plus général.

truction de l'objet doit être maintenue, quel que soit le sens, restreint ou large, qu'on donne à l'expression dissiper, et, pour résumer cette discussion nous dirons avec M. Carnot (2) : « L'article 408 s'est servi de ces mots *détourner* ou *dissiper* pour faire voir que, de quelque manière que le dépositaire s'y soit pris pour *s'approprier* la chose déposée, il y a délit ».

Ainsi, détourner ou dissiper, c'est faire acte d'appropriation indue. Précisons cette notion, premier élément de l'abus de confiance, par quelques exemples.

Un locataire ou un créancier gagiste vendent des objets qui leur ont été confiés à titre de louage ou de gage. Ce faisant, et si les autres éléments de l'abus de confiance se rencontrent dans leur acte, ils commettent le délit prévu par l'article 408. Un individu chargé du recouvrement d'une somme d'argent, touche cette somme et la dépense à son profit. Sous le bénéfice de la même observation, ce fait est indiscutablement un abus de confiance. Dans ces divers cas, en effet, le locataire, le créancier gagiste, le mandataire, se sont approprié des objets dont ils n'étaient que les détenteurs précaires. Ils se sont substitués au propriétaire.

Dans quel sens faut-il entendre cette substitution aux droits du propriétaire ? Le coupable se subs-

(2) Carnot, *Comm. C. pén.*, tome II, p. 239.

titue à ce dernier lorsque, disposant de la chose de celui-ci, il le met dans l'impossibilité de disposer lui-même. Quelques auteurs prétendent que cela ne suffit pas pour constituer un détournement (au sens de l'art. 408). M. Dutruc (1), notamment, estime qu'il faut en outre que le coupable retire un profit de la chose détournée, et il critique un arrêt de la Cour de Nancy, rendu dans l'espèce suivante : Le sieur D., chargé de transporter une assez grande quantité de bois de chauffage de la forêt à la ville voisine, avait dissimulé une certaine quantité de bois dans des fourrés et dans des ravins. Les circonstances de la cause prouvaient que D. n'avait pas entendu s'approprier le bois dissimulé, mais l'avait abandonné dans le dessein de transporter une moindre quantité de marchandises. L'abus de confiance ressortait de ce fait, indépendamment de toute idée d'enrichissement du prévenu. Celui-ci avait simplement enlevé au propriétaire du bois son droit de disposition. La Cour de Nancy condamna le sieur D. pour abus de confiance (Nancy 30 novembre 1858, S. 59, 2, 168 (2).

(1) Dutruc, *Code pénal modifié*, note sous art. 408.)

(2) Un argument historique vient fortifier notre thèse : Les textes primitifs relatifs au délit d'abus de confiance (C. pén, 1791, loi 25 Frimaire an VIII, art. 12) débutaient ainsi : Quiconque sera convaincu d'avoir détourné *à son profit*... des deniers, effets, etc. Or, lors de la rédaction du Code pénal de 1810, les mots : « détourné à son profit » ont été remplacés par ceux-ci : « détourné au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs ».

Si donc nous avons défini le détournement : « le fait de distraire un objet de sa destination par une appropriation frauduleuse », le sens du mot appropriation doit être précisé ainsi : usurpation des droits ou de quelques-uns des droits du propriétaire, préjudice causé à celui-ci, et cela par un fait entraînant ou non (peu importe) l'*enrichissement* de l'inculpé. — En résumé donc, l'élément essentiel et fondamental du détournement considéré comme acte matériel, c'est le préjudice, c'est l'*atteinte au droit de propriété* (1), quelles que soient pour le coupable les conséquences de son acte : qu'il en retire ou non un bénéfice.

II. **Elément intentionnel du détournement.** — L'article 408 punit, « le détournement ou la dissipation » d'objets confiés à divers titres. Mais la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour reconnaître que l'on ne doit punir que les seuls détournements ou dissipation entachés de fraude. Ce n'est pas l'acte matériel du détournement que vise la loi, c'est la fraude. Isolé de toute fraude, le détournement constitue seulement l'inexécution d'un contrat et donne simplement lieu à des poursuites civiles en dommages-intérêts (2). Quelquefois même la loi civile prévoit que des intérêts seront dûs à partir

(1) Préjudice effectif ou préjudice *possible*. Nous verrons que la *restitution*, au delà d'un certain moment à déterminer, est indifférente.

(2) V. *supra*, parallèle entre le délit civil et le délit pénal.

d'une certaine date (V. en note art. 1996 C. c.) (1).

Qu'il soit nécessaire de constater l'existence d'un élément frauduleux, cela se conçoit en outre pour d'autres raisons : d'abord la loi elle-même traite implicitement l'abus de confiance de fraude. M. Morin (2) nous fait remarquer que la rubrique de la section II de notre titre porte ces mots : « Banqueroute, escroquerie et autres espèces de fraude. » — On peut ajouter qu'il est conforme à la tradition historique d'exiger la fraude dans l'acte qui nous occupe. L'abus de confiance se confondait jadis avec le vol : et l'un des éléments constitutifs du vol, tant chez les Romains que dans notre ancien droit, était la fraude. — Reste maintenant à déterminer la présence de celle-ci dans un prétendu fait d'abus de confiance. Comment se révèle-t-elle ?

Plusieurs systèmes ont été proposés :

1° Quelques auteurs, et parmi eux Merlin (3) affirment que la fraude accompagne le fait matériel du détournement, qu'elle ressort par exemple de l'emploi de deniers que fait à son profit personnel un mandataire chargé de toucher une somme : « Le délit a été commis, dit-il, *au moment même où le mandataire portant la main sur la caisse a usé*

(1) « Le mandataire doit l'intérêt des sommes qu'il a employées à son usage, à dater de cet emploi, et de celles dont il est reliquataire, à compter du jour où il est mis en demeure. » (Art. 1996 C. civ.)

(2) Morin. *Répertoire de droit pénal.* V. abus de confiance.

(3) Merlin, *Répertoire.* v° vol., sect. II, § 3.

comme de son bien personnel des choses qui ne lui appartenaient pas, et si, ce qu'on ne fait jamais, on agissait envers lui avec toute la rigueur de la loi, on le punirait même après qu'il aurait rendu l'équivalent de ce[t] qu'il a pris, comme on punit un voleur même après qu'il a restitué l'objet qu'il a soustrait frauduleusement. » Ainsi, pour Merlin, l'acte matériel accompli au mépris des droits du propriétaire suffit ; la fraude se dégage forcément de cet acte. Que le fait par un dépositaire de vendre la chose déposée soit *une* des circonstances révélatrices de la fraude, nous l'admettons facilement, mais poser en principe que tout acte de détournement et notamment celui du *mandataire,* qui prend de l'*argent (chose fongible)*, soit fatalement entaché de fraude, nous ne le comprenons pas : c'est peut-être un détournement momentané, imprudent, mais accompli de bonne foi. Où est la fraude ? — Ce premier système n'a d'ailleurs que de rares adeptes.

2° D'autres jurisconsultes trouvent la fraude suffisamment établie par ce seul fait que le prévenu se trouve dans l'impossibilité de restituer l'objet détourné. L'un d'eux, M. Blanche (2), s'exprime ainsi : « Il est difficile de reconnaître si l'inculpé a disposé *frauduleusement* de la chose qu'il détient pour autrui. Il en aura ainsi usé toutes les fois

(2) Blanche, *Etudes pratiques sur le C. pén.,* n° 212 et s.

qu'en disposant de la chose, *il se sera mis dans l'impossibilité de remplir l'obligation qu'il avait prise.* » Et M. Blanche cite plusieurs arrêts à l'appui de sa thèse : (Arrêt du 15 novembre 1839, bulletin cr. n° 350, affaire Guiet. — 13 mars 1840, bull. cr. n° 81, affaire Lherminier. — 2 août 1851, bull. c.r n° 323, affaire Féré, — etc.) La Cour de cassation a peut-être fait dans ces différences espèces une application très rationnelle de la loi. Nous n'y contredisons pas. Mais nous faisons à ce système la même objection qu'à celui de Merlin : Cette solution convient-elle à tous les cas qui peuvent se présenter ? M. Blanche n'aurait-il pas été trop affirmatif ? Nous serions portés à le croire. On pourrait facilement trouver en effet des espèces dans lesquelles l'impossibilité de rendre, bien que survenue par le fait de l'inculpé, ne peut faire préjuger que celui-ci ait voulu, au sens juridique du mot, *abuser de la confiance* du propriétaire des deniers détournés ou dissipés.

Ainsi, il est permis de ne pas voir un abus de confiance dans l'acte d'un individu qui, jouissant d'une grande fortune, emploie momentanément pour son usage personnel des valeurs peu considérables qui lui ont été confiées pour une destination déterminée et qu'il est en état de rendre à première réquisition. Or, si l'on admet difficilement qu'un pareil détournement constitue un délit, ne doit-on

pas décider aussi que le même fait ne peut *prendre* le caractère de délit par cette circonstance seule que la fortune de ce mandataire lui est enlevée par quelque événement subit (voir même par une faute de sa part, un ordre de bourse imprudent par exemple). En effet, si nous supposons cette ruine (plus ou moins fortuite) postérieure à la dissipation des deniers confiés, quelle influence peut-elle exercer sur la moralité de cette dissipation ? Pourquoi conclurait-on de la succession de ces deux faits (détournement de fonds confiés et ruine du mandataire) à une intention frauduleuse dans le premier de ces actes ?

Cela nous démontre, sans qu'il soit besoin de chercher d'autres exemples, que l'impossibilité de rendre, *criterium* préconisé par M. Blanche et quelques auteurs, n'offre pas une sécurité suffisante et constitue simplement un indice de culpabilité. Incertain et rigoureux à la fois, il a été peu à peu délaissé par la jurisprudence. Et celle-ci a adopté les idées plus exactes et plus larges de MM. Chauveau et Hélie :

3° Ces deux auteurs estiment que la fraude se doit déduire de toutes les circonstances de la cause. Aucune règle fixe d'investigation ne sera imposée au juge. Il ne se heurtera à aucune présomption. Il examinera tous les faits qu'il jugera propres à lui dévoiler l'intention de l'inculpé, et de cet

ensemble de faits se dégagera ou non la fraude ; mais laissons la parole à MM. Chauveau et Hélie (1) : « En thèse générale, disent-ils, c'est le juge du fait qui seul peut constater l'existence de la fraude. Il est compétent pour apprécier la défense du prévenu fondée sur ce que *les faits* excluent le détournement (et son appréciation est souveraine). »

Ainsi, le rejet d'un pourvoi a été prononcé, en conformité avec cette doctrine « attendu que l'arrêt attaqué, en déclarant que par suite d'une gêne momentanée le prévenu a employé à ses besoins personnels partie d'une somme qu'il avait été chargé de recouvrer pour le compte d'autrui et ne l'a restituée qu'après des réclamations réitérées et une instruction commencée, reconnaît et constate qu'il était autorisé par ses mandants à conserver entre ses mains jusqu'à parfait paiement les acomptes par lui reçus, qu'il n'a jamais dissimulé les versements qui lui ont été faits, et qu'en demandant des délais, il a offert de payer des intérêts pour le retard apporté par lui à se libérer ; que *ces faits* n'impliquent pas nécessairement la pensée coupable de s'approprier ou détourner les fonds qu'il avait reçus ; que l'arrêt déclare qu'il ne ressort pas *des éléments du procès* qu'il ait agi avec l'intention frauduleuse qui caractérise le délit

(1) Chauveau et Hélie, *Théorie du C. pén.*, n° 2277.

d'abus de confiance. » (Cass. 30 mai 1856. *Bull. cr.* n° 195, cité par Chauveau et Hélie.)

— *Corollaire de ce système : L'appréciation des juges du fait est souveraine.*

Dans l'espèce précédente, la Cour ajoutait : « L'appréciation des juges du fait est souveraine ». — C'est là une conséquence logique du système que l'arrêt confirmé avait adopté, c'est-à-dire du système de MM. Chauveau et Hélie.

La culpabilité de l'agent du détournement ressortant de circonstances complexes, et telles, que, séparées les unes des autres, elles perdent toute signification, il est évident que le juge du fait, seul muni de moyens d'information directs, peut seul aussi distinguer, grouper et combiner les faits de manière à en déduire la vérité.

Aussi plusieurs arrêts affirment-ils que l'appréciation du juge du fait échappe à toute censure de la Cour de cassation : « Attendu, dit l'un d'eux (11 mars 1858. D. 58, 5, 5.) que l'arrêt attaqué (Paris, 31 déc. 1857), qualifiant les faits déférés à son examen, a déclaré cet individu coupable du délit d'abus de confiance pour avoir *frauduleusement* et sachant qu'il était dans l'impossibilité de les restituer, détourné à son profit et au préjudice des propriétaires des sommes qui lui avaient été remises par eux pour en faire un usage ou un emploi déterminé. Attendu que cette appréciation

des faits que la Cour de Paris a légalement qualifiée est *souveraine ;* attendu qu'elle échappe à toute censure..... rejette. »

De même : Cass. 16 octobre 1840. (Dall. rép., v. ab. de conf. n° 76.)

Cependant à cette souveraineté d'appréciation, deux limitations :

a) Et d'abord la Cour de cassation conserve un droit de contrôle qui lui permet, une fois les faits établis et précisés par la Cour d'appel ou le tribunal, de les *qualifier autrement* que ces juridictions ne l'ont fait. Un exemple mettra cette proposition en lumière : le nommé Mauroux, agissant comme mandataire de Casiez-Roger, avait vendu pour le compte de ce dernier une certaine quantité de vins, en avait touché le prix s'élevant à la somme de 2,783 fr. et n'avait pas fait parvenir ces fonds à son mandant. Il avait simplement remis à Casiez-Roger une traite à 3 mois sur lui-même, traite d'ailleurs dont le paiement ne fut pas effectué à l'échéance. Un arrêt de Cour d'appel constata ces divers faits et les qualifia d'abus de confiance. Au contraire, la Cour de cassation considéra la création de la traite comme opérant une novation qui changeait le titre en vertu duquel Mauroux détenait les fonds, et produisait notamment cet effet qu'il ne les détenait plus comme mandataire. Dans ces conditions, sans contester les faits ni la fraude, sou-

verainement établis par la Cour d'appel, la Cour de cassation refusa de voir dans la cause un abus de confiance et cassa l'arrêt attaqué.

b) Un autre exemple nous permettra d'expliquer une limitation d'un autre genre apportée par la jurisprudence de la Cour de cassation à la souveraineté d'appréciation du juge du fait. La Cour suprême se réserve le droit de casser les arrêts de Cour d'appel *pour contrariété de motifs*. Ainsi a-t-elle fait dans l'espèce suivante : La Cour de Besançon avait acquitté un sieur Gouvert qui avait gardé certaines sommes, du recouvrement desquelles il était chargé, et cela, malgré de nombreuses mises en demeure. La Cour de Besançon avait qualifié ces faits d'actes d' « indélicatesse », mais n'avait pas moins déclaré « que le prévenu avait agi sans intention frauduleuse » : la Cour de cassation estimant ces assertions contradictoires, n'hésita pas à casser l'arrêt pour contrariété de motifs (1).

(1) Observation : Pour que la Cour de cassation puisse utilement exercer le *droit de contrôle* dont nous avons parlé, il faut que le jugement en arrêt sur lequel il porte contienne des notions assez complètes sur les faits et circonstances de la cause. On a vu plusieurs fois la Cour suprême casser des arrêts pour *insuffisance de motifs*. C'est ainsi que assez récemment, le 27 avril 1893, elle s'exprimait ainsi : « Le détournement ou la dissipation des sommes reçues étant un élément du délit d'abus de confiance, l'arrêt qui retient le délit sans constater en termes exprès ou équivalents que les sommes reçues ont été *détournées ou dissipées*, manque de base légale : et notamment la constatation que le prévenu n'a pas exécuté le mandat qui lui avait été donné ni restitué l'argent malgré

III. **Influence ordinaire de certains faits sur la découverte de la fraude.** — De ce que les Cours d'appel et tribunaux sont souverains dans l'appréciation de la fraude, il résulte cette consé-

plusieurs mises en demeure, est insuffisant pour établir le détournement ou la dissipation... Par ces motifs, casse. »

Dans le même ordre d'idées s'est posée la question de savoir si la *mention de la fraude* devait *expressément* figurer dans les jugements et arrêts. Bien que le détournement frauduleux seul soit puni, nous savons que la jurisprudence est absolument constante sur ce point : la Cour estime que *le mot « fraude » n'étant pas prononcé dans l'art. 408,* il n'est pas nécessaire non plus qu'il soit prononcé dans les jugements (3 juillet 1880. S. 82, 1, 288.) « Attendu, dit la Cour, que si regrettable que puisse être le laconisme de l'arrêt, qui aurait dû exposer plus complètement les faits et affirmer plus formellement le caractère frauduleux du détournement et la culpabilité du prévenu, on peut, néanmoins, induire des termes de la décision attaquée, qui reproduisent le texte de l'art. 408, l'existence de la fraude, élément essentiel du délit et de la culpabilité de Boucher d'Argis... rejette. »

De même : Cass. 11 juin 1845, S. 45, 1, 597. — Cass. 8 juin 1849, D. 49, 1, 180. — Cass. 7 avril 1859, D. 59, 5, 6. — Cass. 20 décembre 1867, D. 72, 5, 5. — *Contra :* Cass. 15 novembre 1894, D. 97, 1, 427.

Ainsi, sauf dans le dernier arrêt cité, la Cour de cassation reconnaît que la constatation implicite de la fraude suffit « qu'elle peut résulter du rapprochement entre elles de diverses constatations de la décision du juge du fait. » Et M. Domenget, *Revue pratique*, 1872, t. 34, dit que le seul détournement ou la simple dissipation peuvent être *d'après les circonstances* considérées comme constitutives du délit, étant *présumés* frauduleux. »

— La fraude peut n'être pas formellement énoncée dans les jugements, mais les constatations propres à éclairer la Cour suprême sur le caractère du délit doivent être énoncées dans les motifs, de manière à ce que la Cour puisse contrôler la qualification donnée à l'ensemble des faits.

quence, signalée par M. Domenget (1), que la Cour de cassation a pu et dû dans des circonstances identiques donner un blanc-seing à des solutions diamétralement contraires. Cependant, en présence de diverses circonstances, telles que le retard dans la restitution de l'objet, les décisions offrent une certaine uniformité.

Il est donc intéressant d'examiner de quelle manière les tribunaux interprètent ordinairement les divers faits de : retard, restitution de l'objet, solvabilité ou insolvabilité de l'agent, ainsi que certains moyens tirés de novation, d'exception du compte, etc.

1. **Retard.** — Nous entendons par là le fait de l'individu qui ne peut rendre au jour voulu la chose qui lui a été confiée. Nous n'ajoutons pas : et qui la rendra plus tard : L'idée de retard est en effet indépendante de celle de restitution.

Une pareille assertion semble paradoxale au premier abord ; on ne s'imagine pas facilement un simple retard non suivi de restitution.

Il semble que ce dernier fait équivale en pratique au refus pur et simple de rendre. La situation est la même pour le propriétaire de l'objet. Mais nous ne nous occupons pas en ce moment des conséquences du détournement. Nous cherchons à découvrir l'intention, l'idée qui, moralement parlant, a

(1) Domenget, op. cit. *Revue pratique* 1872.

présidé au fait de détournement. Elle est bien différente dans ces deux cas : celui qui refuse purement et simplement de restituer, après détournement de l'objet, n'invoque aucune excuse ; il ne rend pas ; il reconnaît avoir détourné. C'est un aveu qu'il fait de sa culpabilité : il doit être condamné. Au contraire, celui qui se dit en retard rendra peut-être un jour. De plus, il affirme qu'il n'a jamais voulu priver de son bien le propriétaire de l'objet, il allègue par exemple que, mandataire chargé de recouvrer une somme, il a employé cette somme à payer une dette personnelle pressante, mais cela avec la quasi-certitude de pouvoir la restituer. On ne s'en tiendra pas, évidemment, aux affirmations de l'inculpé. On cherchera à les contrôler par l'examen des circonstances qui ont accompagné le détournement. Or, s'il ressort des recherches faites, que le prévenu, en détournant, ne croyait pas compromettre les droits du propriétaire des deniers, où est la fraude ? D'autre part, la situation est-elle différente si, dans la suite, un événement malheureux rend impossible la restitution ? Nous ne le croyons pas. En un mot, le détournement était frauduleux ou il ne l'était pas. C'est au prévenu qu'il appartient de prouver qu'il ne l'était pas. La démonstration qu'il fait est-t-elle plausible ? Toute la question est là.

Tel est bien, croyons-nous, le système de la jurisprudence (si tant est qu'elle suive un système

en la matière : n'étant pas astreinte à suivre des règles fixes dans la recherche de la fraude, elle rend des arrêts souvent contradictoires. Mais ses décisions sont en général conformes à notre théorie) : « Considérant, dit par exemple un jugement du tribunal de Douai du 7 avril 1836 (1), que des circonstances de la cause il ne résulte pas que Hardoin ait eu l'intention frauduleuse de détourner ou dissiper, au préjudice de Vacher, la somme qu'il avait reçue pour lui à titre de mandat ; que dès lors l'impuissance où il s'est trouvé de remettre cette somme au propriétaire aux époques consenties par celui-ci ne constitue pas le délit d'abus de confiance, mais un *simple retard* de paiement, faute qui n'est pas justiciable des tribunaux correctionnels — renvoie... (Voir aussi Cass. 19 1861, D. 61, 5, 5, et Cass. 30 août 1849, S. 50, 1, 336, et D. 49. 5, 5, affaire Hodot.)

2. Restitution de l'objet. — D'après ce que nous avons dit de la restitution de l'objet en cas de retard, on peut juger de l'importance très relative de ce fait dans l'appréciation de la fraude. La restitution fait disparaitre le préjudice matériel (sauf dommage causé par le retard dans la restitution, d'où demande d'intérêts — art. 1996, — de dommages-intérêts, etc.). La restitution peut donc empêcher

(1) Douai, 7 avril 1836, D. rép. nº 69.

le plaignant de donner suite à l'action civile. En fait, d'autre part, s'il n'y a pas encore d'action criminelle intentée avant la restitution, il n'en sera probablement pas intenté dans la suite (bien que la restitution ne préjuge pas de l'innocence du restituant). — Mais si ces poursuites ont été commencées avant cet événement, elles suivront leur cours, et il est intéressant d'examiner quelle sera l'influence de la restitution sur le jugement ?

Nous croyons avec M. Garraud (1) que la question doit être résolue par la distinction suivante : Au moment de la restitution, le délit était-il consommé, ou ne l'était-il pas ? Et nous disons tout de suite d'où on peut inférer que le délit est consommé ou non. Il l'est le plus souvent : par le *refus* de rendre l'objet qu'oppose le détenteur à une demande formelle de restituer (2). S'il vient à restituer après ce refus, il est trop tard, la fraude est acquise. (Voyez Cass. 16 oct. 1840, S. 41, 1, 365. — 14 janvier 1895, S. 59, 1, 352. — 25 avril 1873, D. 73, 1, 220).

3. **Solvabilité-insolvabilité.** — Cette question se lie intimement, semble-t-il, à celle de la culpabilité (et peut-être n'en tient-on pas un assez grand compte ?) Un détournement de fonds opérés par

(1) Garraud, op. cit. p. 308.

(2) Cette demande formelle n'a pas besoin d'être faite par huissier.

un individu complètement insolvable est probablement frauduleux. Au contraire, s'il est vrai que des gens très solvables puissent « méchamment et à dessein de nuire à autrui » (comme disait le législateur de l'époque intermédiaire), détourner les objets qui leur sont confiés, ce cas est cependant moins vraisemblable et plus rare que le précédent. Nous en concluons que la solvabilité de l'agent est un élément d'appréciation précieux, et nous sommes surpris de voir M. Blanche (1) poser un principe que « l'application de l'art. 408 est tout à fait indépendante du point de savoir si *au moment du détournement ou de la dissipation* l'inculpé était ou n'était pas solvable ». — Il est vrai que M. Blanche se montre ici conséquent avec lui-même, car, nous l'avons vu, la fraude est à son avis révélée au juge par ce criterium étroit : l'impuissance de rendre (2). — A l'appui de son opinion sur la solvabilité, M. Blanche cite trois arrêts. Mais ces arrêts ne prouvent guère le bien fondé de son dire : Pressée par les conclusions du demandeur d'admettre comme valable un moyen de cassation tiré de l'absence dans le jugement de toute *déclaration sur la solvabilité* du prévenu, la Cour suprême avait simplement répondu « que ce

(1) Blanche, op. cit, n° 217.

(2) Impuissance de rendre non pas au moment du détournement, mais au moment des poursuites. V. *supra* opinion de M. Blanche.

motif était insuffisant pour effacer le détournement : puisque l'art. 408 ne subordonne pas l'existence du délit à la condition de l'insolvabilité *déclarée* de celui qui l'a commis ». (Cass. 28 avril 1859, rapporté par Blanche, p. 244). — Les autres arrêts ne sont pas plus affirmatifs. (Cass. 13 juin 1845, D. 45, 1, 371. — Cass. 13 sept. 1845, S. 46, 1, 158).

En réalité, qu'ils signalent ou non dans les motifs du jugement la solvabilité du prévenu, les tribunaux tiennent ordinairement compte de ce facteur important de la moralité de l'acte. Et c'est à juste raison, à notre avis.

4. **Exception de compte. Novation.** — Quelle influence peuvent avoir sur le détournement une exception de compte, une novation ? En d'autres termes : si par exemple, pour ne pas remettre à son mandant une somme recouvrée au bénéfice de celui-ci, un individu invoque qu'il est en comptes avec lui, ou bien si le dépositaire d'une somme d'argent oppose à son créancier une transaction, en vertu de laquelle, par hypothèse, il ne doit plus, comme autrefois, l'objet qu'il détient à l'un des titres prévus par l'art. 408, mais à un titre tout différent, non prévu par cet article ; si l'inculpé oppose au propriétaire de l'objet ces sortes d'exceptions : Comment résoudra-t-on la difficulté ? La réponse est simple. Elle découle de la règle

que nous avons adoptée. Ce compte et cette novation sont des questions de fait à vérifier. Ils s'ajoutent aux autres circonstances de la cause. Pour se former une opinion sur l'intention frauduleuse de l'inculpé, le juge les étudiera toutes et chacune (1).

SECTION II

Personnes lésées par le détournement

Le deuxième élément du délit d'abus de confiance nous est indiqué par ces mots de l'article 408 : détournement ou dissipation « au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs. » Ce deuxième élément concerne donc les victimes de l'acte coupable.

Nous avons vu au chapitre précédent en quoi consiste le détournement frauduleux. Nous avons vu qu'il s'analyse non toujours en un enrichissement de l'inculpé, mais toujours, par contre, en un *préjudice effectif ou possible causé au propriétaire de l'objet confié.* — Du reste, en disant : détournement au préjudice du *propriétaire,* nous parlons d'une manière générale et nullement dans l'intention d'op-

(1) Novation : Cass., 17 Déc. 1880, S. 82, 1, 286 et D. 81, 1, 187.

Exception de compte : Cass. 13 mars 1840, S. 41, 1, 207. — Cass. 21 avril 1855, S. 55, 1, 676. — Cass. 4 mars 1859, S. 59, 1, 708. — Cass. 31 octobre 1895, D. 97, 1, 425.

poser le mot « propriétaire » à ceux de « possesseur » et de « détenteur ». En effet, si le propriétaire se trouve toujours lésé plus ou moins directement dans ses droits (puisqu'on reproche à l'inculpé d'avoir *disposé* de l'objet confié, acte que *seul* le propriétaire a le droit de faire), il n'en est pas moins vrai que le possesseur et le détenteur, qui, eux, ne peuvent pas disposer, sont lésés de leur côté par le détournement ou la dissipation, car, vis-à-vis du propriétaire, ils sont civilement responsables de l'objet dont ils ont la possession ou la détention. On conçoit dès lors que l'article 408 ait prévu le préjudice causé aux possesseurs ou détenteurs aussi bien que celui dont souffre directement le propriétaire.

Le législateur a voulu protéger toute personne ayant un droit quelconque sur la chose ; c'est ainsi que le « préjudice » au sens qui nous occupe peut être entendu comme s'appliquant à un droit simplement éventuel. Ainsi, les victimes d'un sinistre, désignées dans un état nominatif pour participer à la distribution de fonds de secours, ont, sur ces fonds, un droit acquis. Par suite, le détournement à leur préjudice d'une partie de ces fonds par la personne chargée de les distribuer, constitue le délit d'abus de confiance. (Cass. 18 août 1877, D. 78, 1, 285. — Affaire Borelli).

Il n'est même pas nécessaire que les propriétaires

possesseurs ou détenteurs soient des personnes déterminées. C'est ainsi que des ouvriers, qui avaient détourné de la soie furent condamnés sans qu'on ait pu savoir qui la leur avait confiée (Cass. 4 mars 1848, D. 49, 1, 62). Il suffit donc, la propriété, la possession ou la détention reposant sur la tête d'autrui, que les inculpés usurpent les droits du propriétaire, qu'ils causent par là un préjudice au propriétaire lui-même ou aux possesseurs ou détenteurs responsables vis-à-vis de celui-ci.

Ce point acquis, nous sommes autorisés à dire qu'un individu ne peut être condamné pour abus de confiance s'il prouve qu'il est propriétaire de l'objet soit-disant détourné ; nul ne peut détourner sa propre chose, au moins dans le sens de l'article 408, puisque le détournement dont parle cet article s'exerce au détriment des droits de propriété *d'autrui*. Et cela a été jugé notamment dans une espèce bien caractéristique : Les choses soi-disant détournées consistaient en sacs de blé livrés à un boulanger par un propriétaire sous les conditions suivantes : Le boulanger devait employer ce blé à faire du pain, et *payer* le blé au propriétaire au moyen des bénéfices qu'il retirerait de la vente du pain. Or, le boulanger vendit le blé à un tiers et ne paya pas le propriétaire. Il fut néanmoins acquitté, car la Cour de cassation reconnut que le blé lui avait été remis non à titre de dépôt, mais à titre de vente

et qu'il en était par conséquent *propriétaire* ; d'où la Cour tira cette conclusion qu'il n'avait pu détourner, au sens de l'article 408, le blé en question. (Cass. 29 septembre 1820. Sirey chr.)

De même, il n'y a pas abus de confiance dans le fait d'un banquier qui négocie des valeurs reçues en compte courant, et qu'il devait affecter à une destination déterminée, car tout article d'un compte courant devient la *propriété* de celui qui le reçoit, dès sa réception. (Affaire Lipmann. Cass. 15 avril 1859, S. 60, 1, 182).

SECTION III

Objet du détournement

« Quiconque aura dissipé au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs *des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge...* » : L'article 408 donne en ces termes l'énumération des valeurs diverses qui constituent l'*objet* du détournement frauduleux connu sous le nom d'abus de confiance.

Le législateur a distingué, sans le dire expressément, deux groupes de valeurs, des valeurs corporelles : effets, deniers, marchandises ; des valeurs incorporelles : billets, quittances ou autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge. — Nous les étudierons successivement.

I. **Effets, deniers, marchandises.** — Par le mot « effets », le Code nous donne à entendre que l'objet du détournement est essentiellement mobilier. C'est un terme employé dans la législation pour désigner toute espèce d'objets mobiliers, et qui serait impropre à désigner des immeubles. L'article 535 du Code civil en fixe d'ailleurs le sens de la manière suivante : « L'expression biens meubles, celle de mobilier ou d'*effets* mobiliers comprennent généralement *tout ce qui est censé meuble*, d'après les règles ci-dessus établies. » C'est donc un terme générique pour désigner toutes sortes de meubles, ceux mêmes que les termes deniers et marchandises ne désigneraient pas.

Le mot *deniers* n'a pas besoin d'être défini.

Quant à cette expression « marchandises », la Cour de cassation l'explique de la manière suivante (dans un arrêt qui n'a jamais été discuté et que citent tous les auteurs) : sous la dénomination de marchandises, sont nécessairement comprises les denrées telles que les blés que reçoit un meunier pour les moudre, les farines qui sont remises à un boulanger pour faire du pain, et généralement toutes autres matières pouvant être l'objet d'un travail quelconque. » (Arrêt du 11 avril 1817, Sirey chr. — V. aussi : Rouen, 9 janvier 1829, S. 29, 2, 272. — Cass. 4 avril 1845, D. 45, 1, 246. — Cass. 12 décembre 1863, D. 67, 1, 361.)

L'arrêt de 1817 règle en outre le point suivant : c'est que le détournement entraîne les peines de l'abus de confiance, qu'il soit total ou partiel. Cela ne souffre pas de difficulté : « Attendu, dit la Cour, que le Code ne dit pas et ne pouvait pas dire qu'il fallait que la totalité de l'objet fût détournée ou dissipée, le caractère du délit ne pouvant, pas plus dans l'abus de confiance que dans le vol, dépendre de la valeur de la chose dont le propriétaire se trouve privé par cet abus de confiance. »

II. **Billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge.** — Nous n'avons pas à définir ces différents termes. Nous étudierons seulement les caractères communs des « billets, quittances et autres écrits... »

Au sujet de ces sortes de meubles, MM. Chauveau et Hélie ont émis une observation qui domine toute la matière : « En ce qui concerne les actes, disent-ils, on doit remarquer que l'article 408 ne dit pas, comme l'article 407, *tout acte pouvant compromettre la personne ou la fortune ;* il énonce seulement les *billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge.* Il résulte de cette différence que l'abus de confiance ne peut s'appliquer qu'à des actes emportant un préjudice matériel, tels que les billets et les quittances (1). » Un pré-

(1) On peut citer comme exemple d'écrits entraînant obligation ou décharge, un acquit à caution délivré par la régie. (Cass. 22 mai 1896, S. 97, 1, 203.)

judice moral ne suffirait donc pas, et la divulgation de lettres missives confiées à la bonne foi d'un ami, et qui serait de nature à porter atteinte à l'honneur et à la considération d'un tiers, ne constituerait pas un abus de confiance : L'interprétation restrictive étant de rigueur en matière pénale, la jurisprudence refuse de sévir contre ces actes malhonnêtes. Un arrêt de Cour d'assises, dont la doctrine a été admise par la Cour de cassation (21 août 1840) s'exprime ainsi : « Attendu que les lettres et dépêches ne sont pas comprises sous la dénomination « d'effets, deniers, marchandises, billets ou quittances » dont l'article 408 punit le détournement ; que si elles semblent devoir être placées dans la catégorie des « *autres écrits* », il faudrait, pour que leur détournement fût passible des peines portées par l'article 408, que cet espèce d'écrit contint ou opérât obligation ou décharge et produisit par conséquent un résultat qu'il n'est pas dans la nature des lettres et dépêches de produire. » (V. Dall. rép. V° abus de conf. Note sous n° 84, et Cass. 21 mai 1896, D. 96, 1, 592).

Telle est la jurisprudence pour les *lettres*. Elle est différente en ce qui concerne les *contre-lettres*.

Les contre-lettres « contiennent une décharge ». Le détournement qui en est fait peut donc entraîner un préjudice matériel direct. Aussi, grâce à cette cir-

constance, le détournement d'une contre-lettre constitue un abus de confiance (1).

Donc, ces expressions « billets, quittances ou autres écrits », qui sont d'une signification large en apparence, doivent être prises dans un sens relativement étroit, car il faut prouver que le détournement d'un écrit confié entraîne un préjudice matériel. Peut-être le législateur aurait-il dû avoir égard aussi aux intérêts moraux que nous avons signalés plus haut, et dont le respect n'est pas suffisamment assuré.

SECTION IV

Causes de remise de l'objet entre les mains du prévenu

L'art. 408 exige — et c'est le quatrième élément du délit, — que les effets aient été « remis à titre

(1) Il est assez difficile de s'expliquer à première vue le détournement d'une contre-lettre : celle-ci étant une garantie laissée entre les mains d'un débiteur, mais pour sa propre sécurité, pour qu'il puisse par exemple paralyser l'action d'un créancier fictif.

Il est bien évident que l'abus de confiance en pareille matière, suppose que le créancier s'est dessaisi de la contre-lettre qui constituait sa garantie, et que celui qui l'a reçue (le créancier fictif le plus souvent) est l'auteur de l'abus de confiance. C'est ce qui eut lieu dans l'affaire Cottaros (citée par Blanche, n° 233, op. cit., et dans Sirey (S. 38, 1, 334) : le nommé Grand avait souscrit un billet de 800 francs à Cottaros. Celui-ci avait remis à Grand une contre-lettre établissant que le prix du billet n'était pas dû. Plus tard Cottaros se fit remettre la contre-lettre, sous le prétexte qu'il avait payé le billet et l'avait lacéré, ce qui n'était pas vrai, et il s'empressa de détruire la contre-lettre. Pour ce fait, il fut déclaré coupable d'abus de confiance (abus de dépôt).

de louage, de dépôt, de mandat, de nantissement, de prêt à usage ou pour un travail salarié ou non salarié, à la charge de les rendre ou représenter ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé ». Nous allons examiner les caractères du détournement résultant de la violation de ces divers contrats.

Avant d'aborder l'étude de chacun de ces titres de remise de l'objet détourné, il est bon d'observer que la Cour de cassation réforme tout arrêt qui ne porterait pas l'indication précise du contrat violé, *comme manquant de base légale.* (V. notamment Cass. 17 nov. 1894, D. 97, 1, 427. — Cass. 24 mars 1893, D. 95, 1, 273. — Cass. 5 déc. 1891, D. 92, 1, 368) (1).

L'indication alternative de deux contrats prévus l'un et l'autre par l'art. 408, tels que le dépôt ou le mandat, ne suffirait pas. (V. Toulouse, 9 juilllet 1891, D. 94, 2, 138. — Cass. 5 janvier 1883, D.

(1) En effet cette énumération est limitative. C'est ainsi que la remise à titre de *vente à condition* (contrat qu'il est facile de confondre avec le mandat), ne pourrait servir de base à un abus de confiance. (V. affaire Alliaume. — *Figaro*, Trib. de la Seine 15 fév. 1898, D. 98, 2, 88 et Toulouse 9 juillet 1891, D. 94, 2, 138) ; de même une stipulation de réserve d'usufruit serait insuffisante (Cass. 21 janvier 1876, S. 77, 1, 183). A plus forte raison n'y aurait-il pas abus de confiance dans le fait de tirer profit d'un objet qu'on détiendrait en l'absence de tout contrat, d'un objet trouvé dans une chambre garnie, par exemple : (Limoges, 3 mars 1887, D. 89, 2, 231).

83, 1, 366. Cass. 5 décembre 1891, D. 92, 1, 368).

§ 1er

Détournement d'objets confiés à titre de dépôt

On sait que le délit d'abus de confiance fut introduit dans notre législation par le Code pénal de 1791. Jusqu'à cette époque, ou bien l'abus de confiance n'était pas puni, ou bien il était réprimé par les peines du vol. Or, en créant de toutes pièces le délit d'abus de confiance, le législateur entendit punir, croyons-nous, le seul abus de dépôt. C'est spécialement la violation du dépôt qui était en effet désignée dans cette formule assez vague de l'art. 29 (titre II. — 2e section) : « Quiconque sera convaincu d'avoir détourné à son profit ou dissipé des effets, marchandises, deniers, titres de propriété ou autres, entrainant obligation ou décharge, et toutes autres propriétés mobilières qui lui avaient été confiées *gratuitement, à la charge de les rendre ou représenter,* sera puni des peines de la dégradation civique. » Les peines du vol avaient paru d'une sévérité inutile pour de simples abus de confiance (V. chap. Ier, section Ire). D'autre part, on n'avait pas voulu laisser ces faits répréhensifs complètement impunis : Prenant une demi-mesure, le législateur se contenta de sévir

contre l'auteur du plus grave de ces faits, l'abus de dépôt.

Logiquement, de tous les abus de confiance, l'abus de dépôt devrait être le premier atteint par la loi. Sans parler de la « sainteté » du dépôt, sans employer les expressions des anciens, qui voyaient dans le respect et l'observation du contrat de dépôt une sorte de devoir religieux, il convient de remarquer que de toutes les violations de contrats qui constituent l'abus de confiance au sens actuel du mot, la violation de dépôt est la plus odieuse : En demandant à une personne de prendre un objet en dépôt, on ne propose pas à celle-ci une spéculation, une affaire vénale, on requiert d'elle un office d'ami : « Le dépôt proprement dit est un contrat essentiellement gratuit », nous dit en effet l'art. 1917 du C. c. C'est un contrat de bienfaisance. Prier une personne de prendre un objet en dépôt, c'est donc rendre hommage à son désintéressement, et lui témoigner sa confiance à un degré élevé. On comprend dès lors que la violation de dépôt ait été visée avant toute autre par le législateur. La morale et l'intérêt public le demandaient.

Désigné d'abord dans la loi par la périphrase que nous savons, le dépôt fut ensuite nommé en propres termes dans l'art. 408 du C. pén. de 1810 et dans les textes nouveaux qui plus tard complétè-

rent cet article. Dès lors il fut compris dans une énumération de contrats dont il importe de le distinguer. Cherchons donc ses éléments constitutifs.

Pour reconnaitre dans un fait donné les caractères du dépôt, il est essentiel d'analyser la définition que l'art. 1915 du C. c. donne de ce contrat.

« Le dépôt en général, dit cet article, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui à la charge de la garder et de la restituer en nature. »

Dans cette définition, nous remarquons trois éléments ou conditions : 1° un fait matériel, la remise d'un objet ; 2° l'obligation imposée au dépositaire de garder la chose déposée ; 3° l'obligation de la restituer en nature (1).

A propos de chaque fait de prétendue violation de dépôt, il faut donc se demander si, en réalité, le fait en question réunit les trois caractères indiqués. C'est ce que nous allons faire en étudiant certaines espèces, dans lesquelles un ou plusieurs de ces éléments font défaut ou semblent faire défaut.

(1) Remarquons, en outre, que l'objet du dépôt doit être une chose *corporelle*.

Aussi, de l'avis de tous les auteurs, il ne peut y avoir d'abus de dépôt à l'endroit de choses incorporelles. C'est ainsi que l'on approuve unanimement un arrêt de la Cour de cassation du 29 avril 1848 (S. 48, 1, 654) renvoyant des fins de la poursuite un nommé Saglia, qui, ayant divulgué des procédés industriels à lui confiés sous le sceau du secret, avait été pour ce fait traduit devant la justice pour *abus de dépôt*. La Cour estime que de simples communications ne peuvent être l'objet d'un dépôt.

1re Condition : Remise de la chose. — L'art. 1919 débute ainsi : Il (le dépôt) n'est parfait que par la tradition *réelle* ou *feinte* de la chose déposée. — Il existe donc deux sortes de remise. De la première, il semble que nous n'ayons rien à dire. La remise effective a-t-elle eu lieu ? : Simple question de fait, pourrait-on répondre au premier abord. Cependant il est au moins en la matière une question controversée, bien qu'assez simple : C'est celle du détournement d'un objet placé chez autrui, mais que son propriétaire a mis dans une armoire, une malle, ou tout autre meuble dans lesquels on met ordinairement en lieu sûr des objets plus ou moins précieux. On se demande si, dans ces conditions, cet objet est déposé au sens des art. 1915 C. civ. et 408 C. pén. ?

L'intérêt de la question est considérable : L'objet est-il remis à titre de dépôt ? Le dépositaire, en le détournant, se rend passible des peines de l'abus de confiance. L'objet est-il remis à un autre titre (à un autre titre que le dépôt, et ajoutons : à un autre titre que ceux prévus encore par l'art. 408) : le dépositaire par son acte encourt les peines du vol (et même, nous le verrons, du vol qualifié).

M. Garraud répond par cette distinction : ou la malle (ou armoire, peu importe) a été fermée à clef, ou elle a été laissée ouverte. Dans le premier cas, on ne peut pas dire que la chose ait été

remise à la foi de celui chez qui elle était placée. Dans le second cas, il en est autrement : on a témoigné à ce dernier une certaine confiance, de laquelle il *abusera*, s'il s'empare de l'objet.

Deux arrêts de cassation ont été rendus dans ce sens. Ils ont condamné l'un et l'autre pour *vol qualifié* des individus qui, dans leur propre appartement, avaient ouvert par effraction et fausses clefs, l'un une malle, l'autre une armoire, afin de s'emparer de diverses valeurs que des tiers y avaient déposées (Cass. 19 avril 1838, S. 39, 1, 127, et Cass. 10 nov. 1855 et D. 63, 5, 300).

Cependant la Cour de Paris, dans un arrêt du 4 janv. 1850, (D. 50, 2, 9), s'est montrée d'un avis différent, et a dans une espèce analogue prononcé une condamnation d'abus de confiance. Quelques auteurs ont approuvé cette jurisprudence de la Cour de Paris, prétendant que, appliquer les peines du vol (et du vol qualifié, puisqu'il y a effraction et fausses clefs), c'est se montrer d'une sévérité disproportionnée ; que la gravité de la peine n'est pas en rapport avec la gravité de l'acte coupable : il est impossible, disent-ils, d'assimiler le fait d'un individu qui s'introduit de nuit chez autrui et fracture des meubles qui ne lui appartiennent pas, avec l'acte d'un autre individu qui ouvre dans son propre domicile, tranquillement, en plein jour peut-être, un meuble dont il a la détention légi-

time, ou même la propriété : ce dernier acte, concluent ces auteurs, n'est pas de ceux qui mettent la société en péril, tandis que le premier de ces faits présente un caractère inquiétant d'audace et de résolution ; il convient donc d'infliger à l'un les peines sévères du vol qualifié, à l'autre les peines relativement faibles de l'abus de confiance simple : et la Cour de Paris a bien jugé dans la circonstance. (V. note de Dalloz, sous arrêt précité et Dall. rép., v° *abus de confiance.)*

Pour nous, cette solution ne saurait être admise. Nous ne nions pas la valeur sociale et morale de ces raisons, mais nous ne nous inclinons pas devant elles, parce que, quelles que soient les conséquences fâcheuses des pénalités infligées si l'on suit notre système, ce système est néanmoins le seul qui soit juridique : Comment, en effet, abuser d'une confiance qu'on ne vous a pas accordée ? La qualité de dépositaire ne suppose-t-elle pas d'ailleurs le témoignage d'une certaine confiance ? Nous croyons que la tradition de l'objet du dépôt se compose d'un élément matériel et d'un élément moral, c'est-à-dire de la remise effective de l'objet, accompagnée d'une sorte de recommandation de la chose à la bonne foi du dépositaire. En tout cas, la remise de la chose indiquée par l'art. 1915 du Code civil ne revêtirait-elle pas ce caractère moral dans la généralité des faits de dépôt,

que nous n'en persisterions pas moins à considérer le mot dépôt comme impliquant ce caractère dans le sens au moins où l'emploie l'article 408 (1).

Reste la « tradition feinte ». Nous en trouvons une sorte de définition dans l'article 1919 *in fine :* « La tradition feinte suffit, dit cet article, quand le dépositaire se trouve déjà nanti, à quelque autre titre, de la chose que l'on consent à lui laisser à titre de dépôt. »

(1) Ne pas considérer comme des dépôts, sous prétexte qu'il y a eu remise effective de l'objet (et du reste obligation prise de garder et de restituer en nature) ne pas considérer comme des dépôts, disons-nous, certains actes, qui, isolés, constitueraient peut-être en effet des dépôts, mais qui, ayant un corrélatif, supposant un acte analogue de la part de l'autre partie, constituent en réalité un contrat d'*échange*.

On sait en effet que ce contrat n'a pas été prévu par l'art 408 C. pén., et que, en matière pénale, les assimilations sont de droit étroit. Aussi ne s'étonnera-t-on pas que la Cour de cassation ait renvoyé des fins de la poursuite un individu prévenu d'abus de confiance dans les circonstances suivantes : Malignon avait remis à Durourt son neveu un billet de complaisance pour donner à celui-ci une apparence de fortune et lui faciliter un mariage. Durourt de son côté avait signé un billet de pareille valeur et l'avait remis à son oncle : *c'était un échange*.

Le mariage rompu, Malignon déchira le billet qu'il détenait, et réclama celui qu'il avait signé à son neveu. Celui-ci prétendit l'avoir perdu. Et plus tard, Malignon étant mort, Durourt réclama à sa succession le paiement de ce billet, d'où les poursuites, qui, nous l'avons vu, n'aboutirent pas.

Un arrêt récent (Cass. 5 mars 97, D. 98, 1, 27) confirme cette jurisprudence. Il voit un échange et refuse de voir un dépôt dans le fait de la remise à une personne d'une somme d'argent, à la condition que celle-ci donnera en retour un billet de banque d'une valeur égale à cette somme. La Cour refuse en conséquence de voir dans le détournement de la somme d'argent un abus de confiance.

Faisant selon nous une application exacte de l'article précédent et de l'art. 408, la Cour de cassation a jugé que le fait par un marchand de vins, de retirer des pièces de vin par lui vendues mais non livrées une certaine quantité de vin et de la remplacer par de l'eau, constitue le délit d'abus de confiance. (Cass. 24 Juin 1859, S. 59, 1, 964. — V. également Cass. 4 août 1836, S. 37, 1, 450 (1).

2e condition. — Obligation imposée au dépositaire de garder la chose déposée. — Cette obligation de garder la chose déposée, conforme aux termes de la définition légale du dépôt (art. 1915. V. ce texte *supra*), se trouve parfaitement résumée et précisée dans un arrêt de cassation, d'où nous extrayons ce qui suit : « Il ne peut y avoir dépôt dans le sens légal de ce mot que lorsque la garde et la conservation de la chose qui en est l'objet ont été le but principal et déterminant de sa tradition. » Cass. 28 janv. 1832. (J. cr. art. 834, cité par Morin. répert. V. abus de conf. n° 14).

Cette jurisprudence a été généralement suivie

(1) Incidemment, cette espèce nous amène à parler des peines spécialement infligées par l'art. 387 C. P. aux voituriers, aux bateliers ou à leurs préposés qui auraient altéré des vins liquides ou autres marchandises dont le transport leur aurait été confié.

Cet article les punit de peines plus ou moins graves suivant qu'il y a eu mélange de substances malfaisantes ou non malfaisantes. Voir l'art. 387.

dans le cours de ce siècle. L'arrêt le plus intéressant sur la matière est celui du 21 avril 1866. Il infirme un arrêt de Besançon, rendu dans les circonstances suivantes : Un horloger avait reçu un grand nombre de montres. La fille de ses domestiques en porta quelques-unes chez une femme Jeandet « pour les lui faire voir ». La femme Jeandet refusa de les rendre. La Cour de Besançon vit dans ce fait un abus de dépôt. Autre fût l'avis de la Cour de cassation. Elle réforma cet arrêt, « attendu... que, lorsqu'il est allégué qu'ils (des objets) ont été remis à titre de dépôt, il est nécessaire, suivant les termes de l'art. 1915 du Code civ., *que la garde et la conservation de ces objets aient été le but principal et déterminant de la tradition,* (la Cour répète les termes mêmes de l'arrêt de 1832, précité) ; que la remise d'un objet pour le faire voir et à la condition expresse ou tacite d'une restitution immédiate, ne présente pas les caractères constitutifs du contrat de dépôt, puisque, d'une part, le propriétaire ou détenteur *n'a pas l'intention d'en confier la garde* à celui à qui il le remet momentanément, et que, d'un autre côté, celui-ci contracte par là même, l'*obligation de restituer immédiatement* ; qu'il suit de là, qu'en qualifiant le fait ainsi établi de violation de dépôt, et en déclarant la prévenue coupable d'avoir frauduleusement détourné les montres qui ne lui avaient

été remises qu'à titre de dépôt, l'arrêt attaqué a fait une fausse application de l'art. 408 ». (1)

Cependant la Cour de cassation (d'ailleurs antérieurement à l'arrêt précédent), avait décidé que : constitue un abus de dépôt, le fait par une personne de détourner des voiles, qu'elle s'était engagée à rendre, et qui ne lui avaient été confiés que sur sa demande « et dans le but de consulter le goût d'une amie ». M. Blanche (*Etudes pratiques sur le Code pénal*, tome VI, p. 322) cite cet arrêt et le critique. Il est d'ailleurs exceptionnel que la Cour suprême se soit décidée en ce sens, et on peut considérer comme certain qu'à ses yeux, pour qu'il y ait dépôt, il faut « que la garde et la conservation de l'objet aient été le but principal et déterminant de la tradition ».

3e condition. — Obligation pour le dépositaire de restituer en nature la chose déposée. — L'art. 1915, dont nous analysons la définition, parle de la restitution « en nature ». L'art. 1932 n'est pas moins affirmatif ; « Le dépositaire doit rendre identiquement la chose même qu'il a reçue. »

(1) Dans le même sens : Pau, 8 juillet 1893 S. 94, 2, 171. — Riom, 31 mars 1886, S. 86, 2, 132. Ces derniers arrêts, dans des espèces analogues où il n'y avait pas obligation de *garder* l'objet, constatent qu'il ne pouvait y avoir violation de *dépôt*, ce contrat n'existant pas. Mais les arrêts condamnent le prévenu pour abus de confiance par violation de mandat.

En conséquence, un arrêt récent (que nous avons déjà signalé plus haut), estime qu'il y a échange et non dépôt dans le fait par un individu de remettre à une autre personne une certaine somme en pièces d'argent, à la condition que celle-ci donnera en retour le montant de la même somme représenté par un billet de banque. (Cass. 5 mars 1897, D. 98, 1, 27.) En effet, en recevant la somme d'argent, le prévenu ne s'engageait pas à la restituer en nature, mais au contraire, il devait la remplacer aux termes de la convention par un équivalent.

Il a été jugé plusieurs fois, d'autre part, que la remise de marchandises à charge de les rendre ou d'en restituer le prix constitue une vente à condition et non un dépôt. Donc, pas d'abus de confiance dans le détournement de telles marchandises. (Cass. 22 juin 1860, S. 60, 1, 917. — Toulouse, 9 juillet 1891, D. 94, 2, 138.)

Hypothèses spéciales

1° **Dépôt irrégulier.** — L'examen des espèces précédentes nous amène à parler du dépôt irrégulier, car elles présentent avec celui-ci une certaine ressemblance. Ce genre de dépôt se caractérise en effet par cette idée que la restitution en nature de l'objet déposé n'est pas obligatoire, et que le dépositaire peut faire de la chose tel usage qu'il lui

convient. Peut-il y avoir abus de confiance par violation d'un dépôt irrégulier ? Il semblerait à première vue que poser la question, ce soit la résoudre : Sans doute l'art. 408 ne distingue pas entre dépôt régulier et dépôt irrégulier. Il punit la violation du « dépôt » : Mais nous ne pouvons nous figurer la violation d'un contrat de dépôt irrégulier par le détournement ou la dissipation de la chose. Un tel détournement est aussi impossible que celui de l'objet donné en prêt de consommation. Le dépôt irrégulier ne donne donc pas lieu à l'application de l'art. 408 C. pén.

2° **Dépôt nécessaire.** — Le détournement d'un objet donné à ce titre se conçoit sans difficulté. Et sans nul doute, ce détournement est susceptible d'être réprimé par les peines de l'art. 408, car ce texte, s'exprimant d'une manière absolument générale, parle de la violation du « dépôt », terme qui comprend en principe tous les genres de dépôt.

Disons tout de suite que le dépôt nécessaire suppose le consentement des parties. Car c'est un *contrat*. (V. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, tome III, n° 869), et il n'y a pas de contrat sans consentement (art. 1108 C. civ.) Ce principe nous permettra de résoudre quelques difficultés.

Par exemple certains auteurs (Dalloz, note sous arrêt de cass. 5 janv. 61, D. 61, 1, 48) voudraient voir un abus de confiance dans le détournement par un

individu de l'objet dont il est devenu détenteur par suite d'une erreur d'adresse : (L'arrêt commenté avait décidé qu'il n'y avait pas vol parce qu'il n'y avait pas eu soustraction), ces auteurs voudraient tout au moins assimiler cet acte à la violation d'un dépôt nécessaire, sous prétexte que, devenu détenteur aussi inopinément qu'un individu quelconque peut le devenir à la suite d'un incendie ou d'un accident, l'auteur du détournement doit, comme ce dernier individu, s'attendre à une demande en restitution et se tenir prêt à y satisfaire. Nous répondrons simplement, appliquant le principe que nous avons précédemment posé, que le soi-disant déposant n'a jamais eu *l'intention* de confier l'objet litigieux à titre de dépôt même nécessaire au soi-disant dépositaire. Que le contrat par conséquent ne s'est pas formé (art. 1108 C. civ.).

En vertu du même principe, nous nous élevons contre cette opinion quelquefois soutenue (note sous cass. 30 janv. 1862, D. 62, 1, 442), que le recel d'un objet trouvé constitue un abus de dépôt nécessaire. Si l'inventeur, d'après cette théorie, garde l'objet au lieu de le déposer entre les mains de l'autorité, il doit être considéré comme ayant déposé l'objet entre ses propres mains. De sorte que s'il vend par exemple l'objet trouvé, il viole le dépôt qu'il s'est fait, paraît-il, à lui-même. Ne comprenant pas cette situation de la même façon,

nous nous bornons à constater — ce qui semble puéril — que le propriétaire de l'objet perdu n'a pas voulu le donner à l'inventeur en dépôt même nécessaire : et cela nous suffit pour conclure qu'il n'y a pas de dépôt dans ce recel de l'objet trouvé, par conséquent pas d'abus de confiance si on vient à disposer de cet objet. (V. d'ailleurs Limoges, 3 mars 1887, D. 89, 2, 231).

3° **Objets apportés par les voyageurs chez les hôteliers et aubergistes.** — D'après l'art. 1952 du C. civ., ces objets sont regardés comme confiés à titre de *dépôt nécessaire*. Or, l'assimilation ainsi faite est-elle absolue ? Qu'elle soit exacte en droit civil ; que ces deux sortes de dépôts produisent au point de vue d'une action en responsabilité civile les mêmes effets : pas de difficulté. Mais que cette assimilation se poursuive en droit criminel, cela semble en certains cas impossible. Ainsi, en notre matière de l'abus de confiance, l'art. 408 punit le détournement d'objets confiés, et confiés au sens vulgaire du mot, c'est-à-dire confiés *à la bonne foi* d'un individu, d'un dépositaire, par exemple. Or, MM. Chauveau et Hélie le font très justement remarquer (*théorie du C. pén.*, V, n° 2005), les choses simplement « apportées » dans l'hôtel sans que l'hôtelier en soit averti, ne sont pas confiées à celui-ci. Il pourra les voler, c'est-à-dire les soustraire, mais il ne pourra

pas les détourner. Est-il au contraire averti de leur présence chez lui ? Il pourra les détourner ; il ne pourra pas les soustraire. Fallait-il distinguer : voir, dans le premier cas, un vol, dans le second, un abus de confiance ? Le législateur en a décidé autrement. Il a pris le très bon parti de créer une sorte de délit spécial, (qu'il a d'ailleurs eu tort d'appeller un « vol », car disent MM. Chauveau et Hélie, il est le même, soit qu'il constitue un véritable vol, soit qu'il constitue un abus de confiance). Ce délit, visé par l'art. 386, 4° est puni des peines de la réclusion.

4° **Objets confiés aux voituriers et bateliers.** — C'est également à titre de dépôt nécessaire que les voituriers par terre et par eau reçoivent les marchandises qu'ils ont mission de transporter. C'est ce qui ressort de l'art. 1782 du Code civil.

L'abus d'un tel dépôt reçoit la même sanction que celui des objets apportés chez un hôtelier ou aubergiste. La disposition de l'art. 386 C. pén. leur est commune.

S'il s'agit seulement de l'*altération* des marchandises transportées, on applique l'art. 387 du C. pén. article également commun aux voituriers par terre et par eau.

5° **Autres abus de dépôt réprimés par des lois spéciales.** — *a.)* L'art. 244 du Code de justice militaire punit de 1 an à 5 ans de prison

« l'achat ou le recel de chevaux, d'effets d'armement, d'équipement ou d'habillement, de munitions ou de tout autre objet confié pour le service ; et de 6 mois à 1 an de prison « l'achat ou recel d'effets de petit équipement. »

b.) Toute malversation dont le syndic d'une faillite s'est rendu coupable dans sa gestion est punie des peines de l'abus de confiance non qualifié. Mais c'est en vertu d'un texte spécial, l'art. 596 du Code de commerce, que ces peines lui sont appliquées. Cet article est ainsi conçu : « Tout syndic qui se sera rendu coupable de malversation dans sa gestion sera puni *correctionnellement* des peines portées à l'article 406 du Code pénal. » Le législateur a craint, semble-t-il, qu'on ne prît le syndic pour un « officier public » ; (cette qualité une fois reconnue eût entraîné une aggravation de la peine). C'est du moins l'explication donnée par MM. Lyon-Caen et Renault : « le syndic, disent-ils, *n'étant pas officier public*, ces peines ne seront jamais que des peines correctionnelles » (1).

§ II

Détournement d'objets confiés à titre de louage

La disposition de l'article 408 C. pén. relative au détournement de choses louées date de la loi

(1) Lyon-Caen et Renault (t. 2. n° 3090.)

du 28 avril 1832. Elle est très générale et concerne toutes les choses louées, sans distinction entre celles qui font l'objet d'un contrat de louage de choses, et celles qui font l'objet d'un contrat de louage d'ouvrage : la loi ne fait aucune restriction (1).

Par identité de raison, on doit admettre que cette disposition s'applique non seulement aux meubles loués mais encore à certains immeubles qui sont exceptionnellement susceptibles d'un détournement. Nous voulons parler des immeubles par destination. Le détournement d'une glace, attachée au fond à perpétuelle demeure par le propriétaire, constituerait donc un abus de confiance. (V. art. 525 C. civ. et Dall. rep., V° *abus de conf.*, n° 96.) Il en serait de même du détournement de choses comprises dans cette autre catégorie d'immeubles par destination qui embrasse « les objets que le propriétaire du fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds (art. 524, C. civ.) : le fermier ou métayer qui divertirait les sacs de blé que lui a confiés le propriétaire pour les ensemencements du domaine tomberait sous le coup de la loi.

Il est également inutile d'établir une distinction entre objets loués spécialement, principalement, et objets loués accessoirement à une chose principale. L'article 408 s'appliquera au détournement d'un piano loué chez un luthier aussi bien qu'au détour-

(1) V. Garraud, tome V, n° 308.

nement d'un meuble quelconque garnissant un appartement loué. (Voy. aussi Bordeaux, 9 avril 1840, J^nal P. 40, 2, 478, cité par Labori, V° *abus de conf.*, et Aix, 14 novembre 1878, S. 79. 2, 102, D. 79, 5, 4.)

La généralité des termes de l'article 408 permet aussi d'atteindre le détournement de la chose louée, quand bien même l'opération juridique servant de titre à la remise de l'objet comprendrait, outre un louage, un autre contrat non prévu par l'article 408, par exemple une vente à condition. C'est ce qui a été jugé dans l'espèce suivante : un ouvrier avait reçu en location une machine à coudre avec cette clause qu'il s'acquitterait moyennant une somme donnée, payable de trois mois en trois mois, tant qu'il garderait la machine. Il était convenu en outre qu'il acquérerait la propriété de celle-ci par un certain nombre de ces paiements trimestriels : cet individu fut condamné pour abus de confiance par la Cour de Rouen pour avoir enlevé la machine avant le paiement de la dernière fraction du prix de vente (1). Il suffit donc de découvrir dans le titre de remise un élément du contrat présentant le caractère de louage pour appliquer l'article 408.

Aussi bien, tout détournement d'objet loué exposant son auteur aux peines de l'abus de confiance, la difficulté que présente l'incrimination d'un tel

(1) Rouen, 30 mars 1882, *Gaz. P.* 83, 1, 220. — *Contrà :* Bayonne, 20 juillet 1898, *Gaz. Pal.* 98, 334.

acte consiste précisément à dégager, à isoler pour ainsi dire, dans un fait donné, la notion de location. Généralement, cette opération est facile. Elle ne souffre de difficultés que dans diverses questions concernant le bail à cheptel, et cela, en raison du caractère assez mal déterminé de ce contrat.

Le « bail à cheptel », dont l'article 1800 du C. civ. donne du reste une définition (2), est moins un contrat qu'une sorte d'appellation générique convenant à un certain nombre de contrats spéciaux énumérés par l'article suivant (1801) (3), et que nous étudierons chacun séparément au point de vue de l'abus de confiance.

I. **Cheptel simple.** — « Le bail à cheptel simple, dit l'article 1804 C. civ. est un contrat par lequel on donne à un autre des bestiaux à garder, nourrir et soigner, à condition que le preneur profitera de la moitié du croît, et qu'il supportera aussi la moitié de la perte. »

Il est question dans cet article de deux sortes d'animaux : 1° de ceux donnés au moment du contrat par le bailleur ; 2° de ceux qui naîtront des

(2) Le bail à cheptel est un contrat par lequel l'une des parties donne à l'autre un fonds de bétail pour le garder, le nourrir et le soigner, sous les conditions convenues entre elles (art. 1800, C. civ.).

(3) Il y a plusieurs sortes de cheptels : — le cheptel simple ou ordinaire, le cheptel à moitié, le cheptel donné au fermier ou colon partiaire. — Il y a encore une quatrième espèce de contrat improprement appelé cheptel (art. 1801, C. civ.).

précédents, c'est-à-dire : du croit. — Nous nous proposons de rechercher brièvement à quels titres ces divers animaux se trouvent entre les mains du cheptelier.

Les premiers, qui constituent le fonds du cheptel, sont livrés au preneur à titre de louage et de louage seulement : ils ne pourraient l'être en vertu d'un contrat de société, car au moment de la formation du contrat il n'y a pas de fonds commun, ce qui est contraire à tous les principes en matière de société (1). Bien plus, dans la suite, aucune société ne s'établira quant à ces animaux : car le bailleur en conserve toujours la propriété (le législateur prend soin de nous dire que l'estimation du cheptel faite dans le bail n'en transporte pas la propriété au preneur. Cette estimation est faite dans un autre but — V. art. 1805). Il ne peut donc jamais être question de société quant au fonds du cheptel. — Il ne saurait non plus être question de mandat : le mandat étant en effet gratuit de sa nature (art. 1986). A plus forte raison n'est-il pas un dépôt (art. 1917). — Il reste que ces animaux sont tenus à titre de louage de choses.

Nous en tirons cette conclusion que le détournement

(1) « La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de *mettre quelque chose en commun*, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter », (art. 1832, C. civ.).

par le preneur des animaux que lui a confiés le bailleur entraîne les peines de l'abus de confiance.

Si nous passons à la seconde catégorie d'animaux dont parle l'art. 1804, c'est-à-dire au croît, la solution est toute différente : « le preneur profitera de la moitié du croît », dit cet article. Nous sommes ici en présence d'un fait de société : un partage intervenant entre deux contractants ; et ce partage portant sur un bien à la production duquel chacun a contribué d'une certaine façon, l'un par le capital apporté dans l'association (la souche de bétail), l'autre par les soins qu'il a pris des bestiaux (entretien, nourriture, etc.) toutes choses absolument conformes aux principes du contrat de société. Dans le bail à cheptel simple, en ce qui regarde le croît, on doit donc laisser de côté toute idée de louage. C'est ce qu'expriment en ces termes MM. Aubry et Rau : « Cette convention participe du contrat de société en ce qui concerne le partage du bénéfice et des pertes, et du louage en ce qui concerne les autres rapports qu'elle établit entre les parties. » (1)

(1) M. Laurent *(Dr. civ. français,* t. 26, p. 107, n° 87), analysant le contrat qui nous occupe, conclut ainsi : « Il faut dire avec le rapporteur du tribunal que l'élément de *société* n'est que secondaire. Le contrat principal est un *bail*, une sorte de *louage de service.* » C'est ce qui explique, conformément d'ailleurs au passage de MM. Aubry et Rau que nous venons de citer, comment, à part le partage des bénéfices et des pertes, tous les rapports des contractants sont régis par les règles du contrat de louage.

En résumé, si le détournement du fonds du cheptel constitue un abus de confiance, parce que cette valeur avait été remise en vertu d'un contrat de louage, prévu par l'art. 408 du C. pén., il en est différemment du détournement du croît, car le contrat de société qui détermine les droits des parties sur le croît, ne rentre pas dans l'énumération de contrats faite par l'art. 408.

La jurisprudence s'est d'ailleurs prononcée dans le sens que nous indiquons (2).

II. **Cheptel à moitié.** — Si nous passons au détournement du cheptel à moitié : pas de discussion possible ; qu'il s'agisse du fonds du cheptel ou du croît, l'abus de confiance est également impossible. Mis dans le troupeau au moment de la formation du contrat ou né depuis cette époque, chaque animal est tenu par le cheptelier à titre de société. Pour s'en convaincre, il suffit de lire l'article 1818 : « Le cheptel à moitié *est une société* dans laquelle chacun des contractants fournit la moitié des bestiaux, qui demeurent communs pour le profit et pour la perte. »

La question d'abus de confiance ne se pose donc pas en matière de cheptel à moitié.

III. **Cheptel de fer, ou cheptel donné au fermier.** — Ce cheptel est « celui par lequel le pro-

(2) Cass. 25 janv. 1838, S. 38, 1, 246. — Caen 28 août 1878, S. 79, 2, 228. — Cass. 23 juillet 1846, S. 46, 1, 758.

priétaire d'une métairie la donne à ferme, à la charge qu'à l'expiration du bail, le fermier laissera des bestiaux d'une valeur égale au prix de l'estimation de ceux qu'il aura reçus. » (Art. 1821 C. civ.)

« Seul parmi tous les cheptels, dit M. Bonnasse-Blanchou (1), le cheptel de fer se trouve dégagé de tout élément étranger au contrat de louage. » Dans le cheptel de fer (au contraire du cheptel à moitié et même du cheptel simple) on ne peut en effet relever aucune trace du contrat de société : d'une part les produits de ce cheptel ne se partagent en aucune façon. D'autre part le bailleur reste propriétaire du cheptel pendant toute la durée du bail : nous en avons la preuve dans l'art. 1822 C. civ. : « L'estimation du cheptel donné au fermier, dit ce article, ne lui en transfère pas la propriété ». Toute idée de société étant écartée, le contrat en question ne peut être qu'une variété du louage de choses. Il est d'ailleurs l'accessoire d'un contrat de louage de choses principal, le bail à ferme, et doit suivre la nature de celui-ci. (V. art. 1709, louage de choses).

Ce point étant acquis, nous sommes autorisés à dire que le détournement frauduleux du cheptel de fer constitue un abus de confiance. Tel est

(1) Bonnasse-Blanchou, de l'*Abus de confiance*. — Thèse 1897, p. 55.

d'ailleurs le principe reconnu par la jurisprudence et par les auteurs. — Mais quelques difficultés se sont élevées.

En premier lieu, a-t-on dit, le bailleur est-il propriétaire *du croît* ? Cela présente quelque intérêt : car si le croît est la propriété du preneur et non celle du bailleur, le détournement qui en est fait n'est pas un abus de confiance : on ne détourne pas sa propre chose. — Pour nous, bien que le croît n'ait pas été livré au fermier par le bailleur, il n'en est pas moins la propriété de celui-ci. Supposons en effet qu'il en soit autrement : quelles conséquences aurait un tel état de choses ? C'est qu'au bout de dix ans ou de quinze ans de location, le troupeau se renouvelant incessamment par la mort et par le croît, pas un seul des animaux primitivement et directement livrés par le bailleur ne subsisterait, et que, insensiblement, celui-ci aurait perdu tout droit de propriété sur le cheptel, résultat inadmissible et contraire à l'esprit de la loi. — Le cheptel est donc un ensemble. Il se renouvelle de lui-même. Le croît remplace ordinairement les animaux qui disparaissent dans la mesure de cette disparition. Il devient élément de la chose louée et le détournement qui en est fait constitue un abus de confiance.

Une question plus difficile à résoudre est la suivante : Le fermier en vendant les animaux qui

lui ont été loués (qu'il s'agisse de la souche du cheptel ou du croît) ne fait, d'après certaines personnes qu'*user de son droit*. L'article 1821 *in fine* lui donne implicitement, disent-elles, le pouvoir de vendre les animaux pendant la durée du bail en lui imposant l'obligation de rendre *non le cheptel reçu, mais une valeur équivalente*. Cet article dit en effet : « le fermier laissera des bestiaux d'une valeur égale au prix de l'estimation de ceux qu'il aura reçus ». Qu'est-ce à dire, sinon que les animaux du cheptel de fer sont restituables non *in specie* mais *in genere*? Or, dans ces conditions, concluent les partisans de ce système, il est impossible qu'il y ait abus de confiance, car l'intention frauduleuse, élément constitutif de ce délit, fait défaut. En usant de son droit on ne commet aucun acte répréhensible.

Cette objection a soulevé diverses réponses. M. Laurent ne l'admet pour sa part en aucune façon : « Le fermier, dit-il, a le droit de disposer, ou ne l'a pas. A notre avis le fermier ne peut pas plus disposer des têtes du troupeau que du troupeau même et par identité de raison : C'est qu'il n'est pas propriétaire » ; et plus loin : « il ne peut même pas disposer des animaux vieux ou impropres au service, car il n'en est pas plus propriétaire que du reste du troupeau (1). »

Les conséquences pratiques de l'opinion très abso-

(1) Laurent (*Dr. civ. français,* tome 26, p. 131, n° 118).

lue de M. Laurent sont si contraires à l'intérêt bien entendu des parties, que nous nous refusons à croire que telle ait bien été la pensée du législateur.

D'ailleurs les termes mêmes de la définition du cheptel de fer, bien que peu explicites, nous semblent repousser cette solution. (V. article 1821, *supra*). Notre opinion est d'ailleurs celle de MM. Aubry et Rau. Moins rigoureux qne M. Laurent à l'égard du fermier, ils s'expriment ainsi : « *Quoique le fermier ne soit pas propriétaire du cheptel de fer*, il ne lui est cependant pas interdit de disposer d'une partie des bêtes dont il se compose, pourvu qu'il le fasse de bonne foi et de manière à ne pas compromettre les intérêts du bailleur. » Ainsi, d'après cette opinion et contrairement à celle de M. Laurent, la vente d'une tête de bétail serait permise toutes les fois par exemple que l'intérêt de l'exploitation l'exigerait. Qu'est-ce à dire, sinon que de telles ventes sont exemptes d'abus de confiance? Car si tel est *le droit* du fermier, quelle fraude lui reprocher ? — D'ailleurs, (il importe de le remarquer), MM. Aubry et Rau reconnaissent que la mauvaise foi du fermier peut se révéler, cas auquel l'abus de confiance se produirait. Supposons, en effet, une vente absolument indifférente ou même nuisible à l'intérêt de l'exploitation. Cette vente est faite en fin de bail et à l'insu du bailleur : Il est évident qu'elle présente un caractère

non équivoque de mauvaise foi. Et le fermier en procédant à cette vente a dû certainement avoir l'intention coupable d'en divertir le prix à son profit. C'est un abus de confiance bien caractérisé. Donc, ce sont les circontances qui révèlent le caractère délictueux ou non de l'acte : Est-il frauduleux ou non ? Pure question de fait.

Par cette distinction entre ventes de bonne foi et ventes de mauvaise foi, nous croyons avoir suffisamment répondu à l'objection énoncée plus haut, et en vertu de laquelle il ne pourrait jamais y avoir d'abus de confiance en matière de vente de cheptel de fer, et cela pour cette raison qu'un tel cheptel est restituable non *in specie* mais *in genere*; en résumé, nous sommes arrivés à cette conclusion : que cette vente est permise si elle est faite de bonne foi (1) (au contraire la bonne foi faisant défaut, l'abus de confiance apparaît, car l'acte du fermier constitue le *détournement frauduleux* d'une chose louée.) (2)

(1) Bourges, 17 déc. 1868, D. 69, 2, 47. — Dijon, 18 juin 1879, D. 80, 2, 65. — *Contrà* : Caen, 28 août 1868, D. 80, 2, 65 (mais cas un peu particulier : le bailleur avait par convention spéciale dérogatoire à l'article 1822, autorisé le preneur à vendre sans demander son consentement).

(2) *Quid* du fait d'un fermier qui vend des pailles ou fumiers provenant de l'exploitation, alors qu'il s'est engagé par son bail (et cela conformément à la législation sur le cheptel de fer, art. 1824 du C. civil) à fumer les terres affermées de tous les engrais que produira la consommation des pailles et fourrages provenant des récoltes, et à laisser, dans la ferme, à fin

IV. **Cheptel donné au métayer ou colon partiaire.** — Le Code civil consacre un court paragraphe au cheptel donné au colon partiaire. Il se termine par l'article 1830, ainsi conçu : « Il (le cheptel) est d'ailleurs soumis à toutes les règles du cheptel simple. »

Nous devons donc nous borner à reproduire la distinction adoptée en matière de cheptel simple. Le détournement porte-t-il sur la souche du cheptel, c'est-à-dire sur les animaux mis par le propriétaire dans le domaine ? Le métayer commet un abus de confiance, car les animaux du fonds du cheptel lui ont été *loués*, et l'article 408 prévoit la violation du contrat de louage. Le détournement porte-t-il sur le croît, c'est-à-dire sur les produits des animaux de l'étable ? Pas d'abus de confiance, car ces animaux sont tenus par le preneur à titre d'associé, et la violation du contrat de société n'est pas prévue par l'article 408 du C. pénal (V. Limoges, 28 juillet 1888, D. 90, 2, 91.) (1). De plus, en raison de l'assimi-

de bail, les empaillements non encore consommés ? C'est là un simple fait d'inexécution de bail ; ce n'est ni une soustraction ni un abus de confiance, car il n'y a pas eu location de la paille. La paille n'a pas été remise par le bailleur au preneur. La paille est un produit du travail de ce dernier. En la détournant il a simplement manqué à ses engagements. D'où seulement action en dommages-intérêts. Cass. 17 août 1843, S. 44, 1, 82.

(1) Quelques auteurs et parmi eux M. Clappier (du *Métayage, particulièrement en Limousin*, Poitiers 1899, p. 84 et 157) estiment, qu'en principe, le détournement du cheptel ne peut constituer

lation que la loi a faite entre le cheptel donné au métayer et le cheptel simple, on peut se référer aux arrêts que nous avons cités en matière de détournement de cheptel simple. (V. *supra*).

un abus de confiance, même s'il porte sur le fonds du cheptel ; et cela, parce que le contrat de cheptel en vertu duquel les animaux sont livrés au métayer n'est qu'un contrat accessoire, se rattachant à un contrat principal d'une nature spéciale dont il doit prendre le caractère : le bail à colonat partiaire. Or ce dernier contrat, disent-ils, présente certaines analogies avec le louage, *mais n'est pas un louage*, c'est un contrat *sui generis,* non prévu par conséquent par l'art. 408. (Cette opinion a été surtout soutenue depuis la loi du 18 juillet 1889 sur le Code rural. Les partisans de ce système s'appuient sur les termes de l'art 1er et sur l'art. 5 de la loi, article qui donne au propriétaire la direction de l'exploitation, chose incompatible, à leur avis, avec la notion de louage. — V. Bouissou et Turlin, *Traité théorique et pratique du météyage* 1897, nº 31.

Nous croyons nous aussi que le contrat de cheptel doit suivre la nature du bail à colonat partiaire. Mais ce dernier est pour nous un *louage de choses,* après comme avant la loi de 1889 : C'est *au titre de louage,* art. 1763 et 1764, que se trouvait le siège de la législation relative au métayage. Ces articles n'ont pas été abrogés par la loi de 1889. Cette loi en a simplement complété les dispositions trop sommaires. Bien plus, la loi de 1889 elle-même traite souvent de « *bail* » le colonat partiaire et renvoie sur les points qu'elle passe sous silence à un grand nombre d'articles du titre du louage. (Voir art. 4, 7 et 13 de la loi de 1889). Pour ces diverses raisons, nous croyons avec MM. Guillouard (*Louage,* 3e éd. t. 2, page 171, nº 633, II ; Baudry-Lacartinerie et Wahl, *Louage,* t. 2, nº 1090 ; Planiol, *Revue critique,* t. 56, année 1890, p. 341) que le métayage est un louage de choses, que le contrat de cheptel, par voie de conséquence, suit le même sort, et que le détournement qui en est fait entraîne les peines de l'art. 408 C. pén.

— Signalons une 3e opinion, dont les auteurs n'aboutiraient pas en matière de détournement de cheptel aux mêmes conclusions que nous : le cheptel (*fonds du cheptel* et croît) serait tenu par

Observation. — Le métayer commet quelquefois un abus de confiance dans les conditions suivantes : Le propriétaire, en vertu du droit de direction de l'exploitation que lui confère l'article 5 de la loi du 18 juillet 1889, ordonne au métayer de vendre un animal, et le métayer détourne *le prix* de la vente. C'est un abus de confiance, mais plutôt par violation des contrats de mandat ou de dépôt, que par violation du contrat de louage. (V. Agen, 28 décembre 1898. *Gaz. Pal.*, 99, p. 175.)

§ 3

Détournement d'objets confiés à titre de mandat

« Le mandat est l'acte par lequel une personne donne à un autre le pouvoir de faire quelque chose pour elle et en son nom. » (Art. 1984 du C. civ.)

Ce contrat n'entraîne pas nécessairement la remise d'une chose. Il n'est pas comme le dépôt ou le prêt un contrat réel. Mais le mandataire peut, à l'occasion et pour l'exécution de ce contrat, recevoir dans un but déterminé de l'argent, un objet, une

le métayer à titre d'associé, le propriétaire apportant dans le fonds social la terre et le cheptel, et le métayer son travail.

Cette opinion, autrefois défendue par Troplong (*Louage*, t. 2, n° 637, et Duranton, t. 17, n° 176), a presque toujours joui d'une grande faveur auprès de la Cour de Limoges (Limoges, 21 fév. 1839, D. rép. V° *Louage*, n° 400. — 18 mai 1887, D. 90, 1, 124. — Limoges, 30 avril 1894, D. 95, 2, 293, S. 95, 2, 45).

valeur quelconque. S'il détourne ou dissipe frauduleusement la chose qui lui est ainsi confiée, il commet une action répréhensible que la loi doit punir. Cependant le Code pénal de 1791 et celui de 1810 ne prononçaient aucune peine contre l'auteur d'un « abus de mandat ». Il est vrai que depuis l'entrée en vigueur de ce dernier Code, la justice atteignait dans certains cas le mandataire infidèle. En effet l'art. 408 sévissait déjà contre le détournement d'objets remis *pour un travail salarié*, et la jurisprudence considérait comme remises à ce dernier titre les choses remises en vertu d'un *mandat salarié*. Par contre, elle jugeait que les fraudes des mandataires gratuits devaient rester impunies, l'art. 408 ne contetenant aucune mention du travail *non salarié*. (Cass. 20 mai 1814). — Cette assimilation d'un contrat à un autre était abusive. De plus elle ne donnait pas satisfaction dans tous les cas, nous venons de le voir. La législation de l'abus de confiance présentait donc une lacune : La loi du 28 avril 1832 la combla par l'addition du mot « mandat » à la liste des contrats énumérés dans l'art. 408 (1).

(1) L'abus du mandat constitue donc un délit. Mais comment se produit ce délit ? C'est par le détournement d'un objet remis à *titre de mandat* : Et peu importe la provenance de l'objet : qu'il ait été remis par le mandant lui-même, ou par un débiteur de celui-ci. « Attendu, dit la Cour de cass., que ce que la loi a voulu punir, *c'est l'abus de confiance dont le mandaire se serait*

Le mandat peut revêtir plusieurs formes. Il peut être civil, commercial. D'autre part, s'il présente habituellement des caractères déterminés, comme la gratuité, la spécialité, il peut quelquefois n'être pas affecté de ces caractères. Cela dépend des conventions et des circonstances. Ainsi, ordinairement gratuit : il peut être salarié s'il en est ainsi convenu ; ordinairement conventionnel, il peut être légal dans certaines circonstances, par exemple en matière de tutelle. Au lieu d'être spécial à une affaire, comme il l'est habituellement, il peut être général, etc. — L'art. 408 s'applique évidemment au mandat de droit commun, tel que le définit l'art. 1984 du Code civil. Mais nous allons voir s'il s'applique également : 1° au mandat commercial ; 2° aux mandats affectés des modalités ou caractères exceptionnels dont nous venons de parler. Nous verrons enfin 3° s'il s'applique aux faits d'administration de l'associé, qui gère les affaires de la société.

I. **Mandat commercial.** — Le mandat commercial tombe-t-il sous l'application de l'art. 408 ?

Disons d'abord ce que nous entendons par ce mandat : ce mandat, étudié au Code de com-

rendu coupable envers son commettant ; qu'il importe peu que les sommes reçues lui aient été *remises* par le mandant lui-même ou par ses débiteurs ; que c'est toujours en exécution, par suite et conséquemment à titre de mandat qu'il les a reçues. » Cass. 7 sept. 1844. (S. 45, 1, 238).

merce, est celui qui est donné par un individu, commerçant ou non, à un commissionnaire ordinaire ou à un commissionnaire de transports : par exemple par un directeur de mines à un commissionnaire en charbons, par un propriétaire de vignobles à un commissionnaire en vins ou à un entrepreneur de transports. Le mandataire en question qui détourne les marchandises à lui confiées en vertu du mandat, commet-il un abus de confiance ?

Cela ne fait aucun doute : L'an 408 ne distingue pas plusieurs sortes de mandat. « Il ne parle que du « mandat », sans aucune distinction. De plus l'art. 94 (C. de comm.) se termine ainsi : « Les devoirs et les droits du commissionnaire qui agit au nom d'un commettant sont déterminés par le Code Napoléon liv. III tit. XIII ». C'est un renvoi formel au titre du mandat. Nous croyons que l'assimilation du mandat civil et du mandat commercial ne souffre pas davantage de difficultés au point de vue pénal.

C'est ainsi que la Cour de cassation condamna aux peines de l'art. 408 un nommé Pourtoborde, coupable, étant chargé par une maison de Nantes d'acheter en son nom personnel des huiles à Alger, d'avoir détourné les espèces qui lui avaient été envoyées pour solder ces achats. La Cour reconnaît : 1° qu'il a agi en qualité de commission-

naire ; 2° « qu'il est de principe que le commissionnaire, agissant pour le compte d'autrui quoique en son nom personnel, est dans ses rapports avec son commettant un véritable mandataire ». (Cass. 17 nov. 1866, S. 68, 1, 220). V. aussi Cass. 18 nov. 1882 (S. 84, 1, 299 et D. 83, 1, 230.) — Toulouse, 9 juillet 1891, (D. 94, 2, 138.) (1).

Quant aux « commissionnaires pour les transports par terre ou par eau », leurs détournements sont réprimés *comme crimes* par l'art. 386 du Code pénal. Ils sont punis des peines de la réclusion, et non des peines de l'abus de confiance (V. d'ailleurs mêmes chap. et sect., § 1er).

Les détournements dont se rendent coupables des *commis-voyageurs* sont-ils des abus de confiance ? les commis-voyageurs ne sont pas des commissionnaires, car ils n'agissent pas en leur nom personnel, mais il n'y a pas de difficulté à ce que les détournements qu'ils commettent tombent sous le coup de l'art. 408 C. pén. La Cour de cassation a reconnu plusieurs fois que le détournement d'échantillons envoyés à un commis-voyageur par la maison qu'il représente est un abus de confiance. (V. notamment Cass. 21 avril 1898. D. 98, 1, 433.)

II. **Principaux caractères exceptionnels que peut revêtir le mandat.** — Si le mandat est gra-

(1) De ce dernier arrêt on ne saurait d'ailleurs tirer en faveur de notre thèse qu'un argument *a contrario*.

tuit, conventionnel, direct (donné sans intermédiaires), spécial : c'est le mandat ordinaire : L'art. 408 s'applique à ce contrat sans aucun doute. En est-il de même s'il s'agit d'un mandat salarié, légal, par substitution, ou général ? Telles sont les questions auxquelles nous allons essayer de répondre.

1. **Mandat salarié.** — Il ne peut y avoir de difficulté au sujet de ce mandat, la loi de 1832 ayant eu pour objet de mettre fin à la distinction autrefois établie par la jurisprudence entre le mandat salarié et le mandat non salarié. L'un et l'autre sont visés par l'art. 408.

2. **Mandat légal.** — (Opposé à conventionnel). C'est celui qui dérive de la loi. On est d'accord pour reconnaître que ce mandat est prévu par l'art. 408. Il s'agit simplement de savoir si telle obligation ou telle fonction conférée par la loi est bien un *mandat légal*. La question s'est notamment posée pour les tuteurs.

Le tuteur remplit-il un mandat ? M. Demolombe répond : « Si le Code civil n'appelle pas la tutelle un mandat, la vérité est qu'elle en est un, et le nom importe peu lorsque la chose elle-même existe » (1).

La jurisprudence est d'ailleurs formelle en ce sens : « Attendu, dit un arrêt du 10 août 1850, qu'il résulte des dispositions du Code civil concer-

(1) Demolombe (article dans la *Revue critique* de 1851 p. 135).

nant la tutelle que le tuteur administre les biens du mineur à titre de mandat... etc., rejette ». De même l'arrêt du 28 avril 1866 reconnait valable la condamnation encourue pour abus de confiance par la veuve Lombard, tutrice naturelle et légale de ses enfants : « Attendu que par suite de cette tutelle, elle s'est trouvée investie d'un mandat légal. » (D. 66, 1, 365.) De même : affaire Chalvet de Souville (Cass. 9 fév. 1870. D. 71, 1, 269.)

Il n'en serait pas autrement des détournements commis par un père administrateur légal : Il exerce un mandat légal.

3. **Mandat général.** — C'est celui, dit l'art. 1987, « qui est donné pour toutes les affaires du mandant. » Nous ne voyons pas de difficulté à l'application de l'art. 408, le cas échéant. Ce mandat présente d'ailleurs fort peu d'applications pratiques.

4. **Mandat par substitution.** — Exerce un pareil mandat, celui qui a été chargé par un premier mandataire d'accomplir un certain acte.

Il ressort des articles 1984 et 1994 que le mandataire *représente* le mandant. S'il en est ainsi, le mandataire substitué est censé avoir reçu mandat du mandant lui-même. Et il se trouve dans la condition des mandataires ordinaires. C'est ce qui a été jugé dans une affaire de détournements de biens appartenant à un mineur. Le prévenu, qui

avait géré les biens détournés en qualité de mandataire du tuteur, se défendait au moyen des ingénieux arguments suivants : Je ne suis pas le mandataire du pupille, disait-il, donc je n'ai pu commettre envers lui un abus de confiance ; je suis au contraire celui du tuteur ; mais je n'ai pas commis davantage un abus de confiance envers ce dernier, car en détournant des biens qui ne lui appartenaient pas personnellement, je ne lui ai causé aucun préjudice. La Cour mit les choses au point en reconnaissant que le prévenu était en réalité le mandataire légal du pupille, la personne du tuteur disparaissant grâce à la fiction de la représentation. Cass. 21 novembre 1879, S. 80, 1, 486. — V. aussi Paris 3 novembre 1886 *Gaz. Pal.* 86, 11, 719.

L'entrepreneur de transports *intermédiaire* dont parle l'art. 99 du Code de commerce (1), nous semble devoir être considéré comme un mandataire substitué. Pour nous, il doit répondre pénalement des détournements frauduleux qu'il commet, à l'égal du voiturier directement chargé du transport par l'expéditeur.

III. **Mandat donné à l'associé.** — L'associé qui gère les affaires sociales est-il un mandataire ? Cette question se pose pour toutes les sociétés, civiles ou commerciales.

(1) Art. 99 C. com. : « Il (le commissionnaire en transports) est garant des faits du commissionnaire intermédiaire auquel il adresse les marchandises. »

Pour soutenir la négative, on a donné les raisons suivantes : Tout associé a un intérêt commun avec ses coassociés. Il ne gère pas seulement les intérêts de la société : Il gère ses propres affaires dans une certaine mesure. On a dit aussi : un associé n'est pas révocable comme un mandataire ordinaire. Et encore : un associé s'oblige lui-même, alors que le mandaire n'oblige que le mandant, sans s'obliger lui-même.

A ces diverses raisons, on peut répondre avec un auteur (1) que la communauté d'intérêts n'est pas incompatible avec le mandat, car l'article 1856 du Code civil suppose un cas où l'associé gérant est révocable « comme un simple mandataire » ; qu'il peut y avoir d'ailleurs *abus de confiance* commis par un simple associé, puisqu'il peut y avoir *vol* commis par lui au préjudice de ses co-associés (chose qui a été jugée plusieurs fois, 14 mars 1818, 27 février 1830). — Quant à la révocabilité du mandataire, on peut dire qu'elle n'est pas un élément *essentiel* du mandat ordinaire. — Enfin on en peut dire autant de l'obligation du mandant : Il y a des mandats limités.

Donc, le mandat n'est pas incompatible avec l'idée d'administration d'une société. — Ceci étant admis,

(1) Article de M. Bazot, *Revue pratique 1864*, t. 18, p. 170 et s. (Abus de confiance en matière de sociétés commerciales.)

voyons ce que la jurisprudence pense de la question.

Les premières difficultés qui se sont présentées concernaient des gérants de *sociétés en commandite.* La Cour de cassation jugea tout d'abord qu'ils n'exerçaient pas un mandat (Cass. 15 janvier 1842, P. 42, 1, 362). Puis par deux arrêts en date du 23 avril 1845, elle revint sur cette première jurisprudence (affaire Chaudron-Junot, D. 45, 1, 364. — Affaire Gaudin de Villaine, D. 45, 1, 366). — V. depuis : 14 mars 1862, D. 66, 1, 364 et 12 février 1881, S. 82, 1, 865. et D. 82, 1, 187 (1).

Pour les *associés en nom collectif,* nous ne croyons pas que la question ait soulevé de difficultés. La situation est la même que dans la société précédente. L'associé qui détourne commettrait un abus de confiance. (V. Chambéry 8 mars 1867, D. 67, 2, 46.)

(1) Voici les considérants de ce dernier arrêt (12 février 1881, D. 82, 1, 187) :

« Attendu que vainement Debans soutient qu'il n'était point dans le sens légal le mandataire de cette société, mais un simple associé ; que le contrat de société n'exclut pas la stipulation d'un mandat ; que dans la société en commandite, *les associés responsablement solidaires et plus spécialement l'associé qui accepte le titre et les fonctions de gérant* sont dans le sens légal de *véritables mandataires* de leurs co-associés pour la gestion de leurs affaires ;... qu'ils n'ont pas le droit d'employer les fonds qui leur sont versés en cette qualité en dehors des conditions stipulées par le pacte social, ou de les affecter à d'autres besoins que ceux de la société ; qu'en cas de fraude ils sont passibles des poursuites et peines déterminées par l'art. 408... »

Quant aux gérants de *sociétés anonymes*, ils sont, cela est évident, de véritables mandataires. Ils gèrent en vertu d'un mandat exprès de l'assemblée des actionnaires ; Ils sont révocables, ils ne s'engagent pas personnellement : toutes choses provenant de ce que la société anonyme est plus une société de capitaux qu'une société de personnes, qu'elle constitue plus que tout autre société un être moral.

Dans la *société en participation*, le mandat donné au gérant est encore plus apparent, si l'on peut s'exprimer ainsi. Toutes ou presque toutes les initiatives lui appartiennent dans la direction de la société. (V. Cass. 6 juillet 1849, D. 51, 5, 2.)

Sociétés civiles. — Il n'y a pas plus incompatibilité, entre l'idée de société civile et celle de mandat donné aux associés et gérants de ces sociétés, qu'il n'y a incompatibilité entre société commerciale et mandat.

Si un administrateur a été nommé, cet administrateur est un mandataire. Si il n'en a pas été nommé, chaque associé est constitué par le fait même administrateur, mais, ainsi que le fait remarquer M. Garraud (1), « il ne peut faire aucun acte de disposition sur les choses dépendant de la société (C. civ., art. 1860) il est en effet simplement mandataire à l'effet d'administrer. »

Co-propriété et indivision. — L'intérêt commun

(1) Garraud, op. cit. p. 329

qu'ont les co-propriétaires dans la gestion de leurs affaires eût soulevé autrefois des discussions à l'endroit de savoir si chacun d'eux était, dans l'administration du bien commun, le mandataire des autres. Mais depuis les fameux arrêts de 1845 précités (V. société en commandite) la question est pour ainsi dire tranchée (V. Cass. 20 février 1847, S. 47, 1, 367).

Appendice à l'abus de mandat (warrants agricoles)

Détournements prévus par la loi du 20 juillet 1898 sur les warrants agricoles.

On peut citer encore comme abus de mandat le détournement de récoltes warrantés. — La loi du 20 juillet 1898 a créé les *warrants agricoles*. En vertu de cette institution, les cultivateurs peuvent désormais, lorsqu'ils contractent un emprunt, donner leur récolte en gage au prêteur sans être obligé de la lui livrer. Ils en conservent la détention. Pour que le gage ne disparaisse pas au préjudice du prêteur, la législation a pris des mesures de précaution très sérieuses, parmi lesquelles se trouve l'art. 13 de la loi. Il est ainsi conçu : « Tout agriculteur convaincu d'avoir détourné, dissipé ou volontairement détérioré au préjudice de son créancier le gage de celui-ci, sera poursuivi correctionnellement comme coupable d'abus de confiance et puni conformément aux articles 406 et 408 du Code pénal, sans préju-

dice de l'application de l'article 463 du même Code. »

Le rapporteur de la loi, M. Chastenet, a justifié cet article dans les termes suivants : « détenant pour le compte du prêteur dont il est en quelque sorte le *mandataire dépositaire,* » l'auteur d'un tel détournement devait être puni des peines de l'abus de confiance.

Pour nous, l'objet waranté est plutôt confié à titre de mandat qu'à titre de dépôt, parce que l'un des *éléments* du dépôt, l'obligation de restituer n'est que conditionnelle dans le contrat qui nous occupe.

§ 4

Détournement d'objets confiés à titre de nantissement (1)

Le détournement de l'objet donné en nantissement n'est réprimé par la loi pénale que depuis 1863. Mais auparavant, les tribunaux, prenant à la lettre les termes de l'article 2079 du Code civil, avaient à plusieurs reprises considéré cette fraude comme un abus de confiance. Cet article 2079 est en effet ainsi conçu : « Jusqu'à l'expropriation du débiteur, s'il y a lieu, il (le débiteur) reste propriétaire du gage, qui n'est dans la main du créancier qu'un *dépôt* assurant le privilège de celui-ci ». Or la jurisprudence s'appuyant sur ce texte, décomposait

(1) V. Bonnasse-Blanchon, op. cit. p. 78.

ainsi la situation des contractants : L'un effectue un prêt ; l'autre fait au même temps *un dépôt* entre les mains du premier : et le dépôt étant un des contrats prévus par l'article 408 du Code pénal, on applique cet article (2). Mais il est certain que cette extension était abusive, car le mot dépôt est employé dans l'article 2079 pour exclure l'idée de propriété. Le créancier n'est à aucun moment propriétaire du gage : voilà tout ce qu'a voulu dire le législateur lorsqu'il a employé le mot dépôt. D'ailleurs, le dépôt et le gage, qu'on assimilait (les romains auraient dit : *odio furum*), sont essentiellement différends, l'un ayant pour but la conservation et la garde d'une chose, l'autre la sécurité d'un créancier. Mais cette distinction n'a plus qu'un intérêt historique depuis la loi du 13 mai 1863.

Peu de difficultés s'élèvent à propos de l'abus de nantissement, si ce n'est quant à certains contrats improprement qualifiés par les parties de « cautionnements », et qui sont en réalité des contrats de gage :

Il suffit de lire le premier article du titre du cautionnement, l'article 2011 pour savoir que la personne appelée « caution » par le Code s'oblige

(1) La loi aurait dû dire : à titre de gage, car le mot nantissement s'applique à des immeubles aussi bien qu'à des meubles. (V. art. 2072 C. civ.)

non pour sa dette ou pour son fait personnel, mais pour la dette d'autrui : « Celui qui se rend caution d'une obligation, dit cet article, se soumet envers le créancier à satisfaire cette obligation, si le *débiteur* n'y satisfait pas par lui-même » : Le débiteur et la caution sont donc deux personnes distinctes. Ce point établi, comment pourrions-nous admettre qu'un individu, un employé par exemple devienne *caution* en donnant *lui-même* une valeur à son patron en garantie de sa gestion ? On ne peut se cautionner soi-même. Mais si on ne peut faire cela, on peut donner *un gage* de sa bonne administration. Le moyen de défense qui, pour un patron prévenu de détournement d'objet reçu en gage, consiste à se présenter comme ayant reçu cet objet à titre de cautionnement a (nous devons le dire) généralement échoué devant les tribunaux. Il repose sur une confusion de contrats. (V. cass. 29 nov. 1866, D. 67, 1,43. — Cass. 26 nov. 1867, S. 68, 1, 139. D. 68, 1,142. — Cass. 15 mai 1878, S. 79, 1,95. — Amiens, 24 juin 1875, S. 75, 2,383. D. 76, 5,7 (1).

§ 5

Détournement d'objets confiés à titre de prêt à usage

Dans les arrêts du 22 juin 1833 et du 24 juillet

(1) Dans ce dernier arrêt, il a été reconnu que peu importait même la stipulation d'un paiement d'intérêts, cette clause étant accessoire.

1840 (1), la Cour de cassation déclarait que le prêt à usage « *est un dépôt* avec autorisation d'user de la chose pour un emploi déterminé ». Cette doctrine, que la Cour elle-même reconnut plus tard inexacte, était un expédient pour atteindre des peines de l'abus de confiance de graves violations du contrat de prêt : ce fut en effet seulement la loi de 1863, qui, à l'énumération de contrats de l'article 408 ajouta ensemble le nantissement et le prêt à usage.

Il y a plusieurs sortes de prêts. Mais la loi de 1863 a spécifié. Il s'agit du *prêt à usage,* ainsi défini par l'art. 1874 du C. civ. : « celui des choses dont on ne peut user sans les détruire. » — L'art. 408 ne prévoit pas la violation du *prêt de consommation* et cela s'explique facilement : car, nous dit l'article 1893 du Code civil, « par l'effet de ce prêt, l'emprunteur devient le *propriétaire* de la chose prêtée », qualité incompatible, nous le savons, avec celle de prévenu d'un abus de confiance. (V. section 2e du présent chapitre) (2).

« Ce prêt à usage, dit une seconde définition (art. 1875 du C. civ.), est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre *pour s'en*

(1) Cités par Morin (Rép. du dr. criminel p. 36.

(2) Remarquer qu'une chose fongible peut être donnée *pour s'en servir,* et non pour la consommer. Exemple, valeurs qu'on prête à quelqu'un pour qu'il les donne en garantie de sa gestion dans une entreprise commerciale V. Chauveau et Hélie V, p. 469, et l'espèce qu'ils citent. (Voir du reste à la fin du paragraphe les observations que nous présentons.

servir, à la charge pour le preneur de la rendre après s'en être servi. » Le but du contrat est bien déterminé dans ce dernier article : L'objet est livré « pour s'en servir ». Aussi, dans une espèce donnée, les tribunaux vérifient-ils avec soin les faits d'où l'on peut induire que *l'usage* de la chose prêtée était, ou n'était pas, le but poursuivi par les contractants. Témoin les considérants de l'affaire Jeandet . Cass. 8 nov. 1866, D. 67, 1,359 . : Attendu qu'en droit, aux termes de l'art. 1875, le contrat de prêt à usage réside essentiellement dans la circonstance que la chose soit remise à l'emprunteur *pour s'en servir*, et en fait, qu'il ressort manifestement des constatations de l'arrêt attaqué que les montres, objet du prêt fait à la prévenue, lui ont été confiées en vue d'un usage ou d'un service quelconque... » ; puis l'arrêt constate que la femme Jeandet voulait voir ces montres « afin d'en choisir quelques-unes pour ses enfants » ; enfin il ajoute que « la femme Jeandet a postérieurement fait raccomoder ces montres, ce qui implique qu'elle s'en serait réellement servie. » On le voit, la Cour pour justifier son arrêt, s'attache à montrer qu'il y a eu *usage* de la chose.

Bien différente serait la remise d'un objet « pour le faire voir », dans le but simplement de satisfaire la curiosité d'une personne. (V. arrêt du 21 avril 1866, 1re affaire Jeandet, S. 67, 1,91 : La femme

Jeandet fut acquittée dans une première affaire, parce que, tout en reconnaissant le détournement, la Cour avait estimé que la remise n'avait pas été faite à l'un des titres prévus par l'art. 408. Il est vrai que l'arrêt réformé avait condamné pour abus de dépôt et qu'il n'avait pas été question de prêt à usage : mais on sait que la cour de cassation se reconnaît le droit de changer la *qualification* des faits. Elle aurait donc pu condamner pour violation d'un contrat de prêt à usage : Si elle ne le fit pas, c'est sans doute parce que l'idée de livrer les montres *pour s'en servir* n'apparaissait pas suffisamment dans le contrat).

Observation. — Il est évident que le juge doit tenir un compte très relatif des qualifications données par les parties au contrat : Ainsi, récemment (18 mars 1899. *Gaz. Pal.* 99, 1,816), la Cour de Grenoble a refusé de reconnaître un prêt à usage dans les faits suivants : Pinet avait reçu des valeurs au porteur de Curny, et il avait donné à celui-ci un reçu, où il était constaté que ces valeurs avaient été remises à titre de prêt. Mais des faits soumis à la Cour, il résultait que ces valeurs avaient été remises à Pinet uniquement pour servir de couverture à Lavigerie, banquier chargé par Pinet d'opérations de bourse hasardeuses. La Cour estime qu'en raison des risques courus par les valeurs livrées à Pinet, celles-ci ne lui ont pas été

remises à titre de prêt, mais en vertu d'un contrat innomé. Cependant, dans une affaire analogue : — les valeurs dans cette espèce avaient été remises pour servir à un nantissement, — la Cour de cassation avait estimé « que les risques auxquels cet emploi exposait la chose prêtée ne modifiaient nullement le caractère du contrat. » (Cass. 31 janvier 1895, D. 97, 1, 425-427.)

§ 6

Détournement d'effets remis pour un travail salarié ou non salarié, à la charge de les rendre ou représenter, ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé.

Avant la loi de 1832, qui mit le mandat au nombre des contrats dont la violation entraîne les peines de l'abus de confiance, les mots « travail salarié » étaient compris par les interprètes de l'article 408 dans un sens plus large qu'aujourd'hui. On pensait que dans ces termes rentrait le mandat salarié. — Le législateur de 1832 combla une double lacune : d'une part, il créa l'abus de mandat, de sorte que la jurisprudence n'eut plus à donner une extension arbitraire à des expressions qui ne la comportaient pas ; d'autre part, il réprima le détournement d'un objet remis « pour un travail non salarié », fait qui jusqu'alors était resté impuni.

Qu'il s'agisse de travail salarié ou non salarié, il faut tout d'abord supposer que la personne qui exécute le travail commandé ne fournit pas la matière première ou l'objet à transformer, car elle détournerait sa propre chose. En effet, tant que l'objet n'est pas *livré*, il est à ses risques et elle en conserve la propriété. (V. art. 1788 du C. civ.)

Il faut qu'il y ait remise de l'objet pour un certain travail, mais peu importe la nature de ce travail : qu'il s'agisse de la réparation d'une chose ou de sa transformation ; qu'il s'agisse de la réparation d'une montre ou de la transformation de sacs de blé en farine. (Cass. 11 avril 1817, Sirey, Chr. — V. aussi : Rouen, 9 janvier 1829, S. 29, 2, 272. — Cass. 12 décembre 1853, D. 67, 1, 361.)

Disons enfin que le détournement dont il s'agit est celui de la chose même remise pour le travail, et non le détournement de l'usage de cette chose. Nous avons déjà énoncé ce principe à propos de plusieurs contrats, notamment en étudiant le dépôt. C'est ainsi qu'il a été jugé que le fait par des ouvriers d'employer des chevaux de leur patron à un travail ou à un usage différend de celui auquel ils étaient destinés, ne constitue pas le détournement d'effets ou de marchandises prévu par l'article 408 C. pén. (Trib. de la Seine 1881. *Gaz. Pal.* 82, 1, 132.)

DEUXIÈME PARTIE

L'ABUS DE CONFIANCE DEVANT LES TRIBUNAUX

Nous avons étudié jusqu'ici l'abus de confiance dans son évolution historique et dans ses éléments constitutifs. Les caractères intrinsèques de ce délit étant connus, il convient d'en étudier la répression.

D'une manière générale, cette répression s'accomplit comme celle de la plupart des délits. Aussi n'étudierons-nous que les questions présentant un intérêt au point de vue spécial de l'abus de confiance.

CHAPITRE Ier

INCRIMINATION DE L'ABUS DE CONFIANCE. — PEINES DU DÉLIT ET DU CRIME D'ABUS DE CONFIANCE

L'article 408 du Code pénal a porté contre l'abus de confiance des peines *correctionnelles,* auxquelles, dans la suite, les lois de 1832 et de 1863 ont ajouté des peines *criminelles.* Ces dernières peines constituent la sanction de l'abus de confiance lorsqu'il présente certaines circonstances aggravantes établies par les mêmes lois. D'une manière générale, ces diverses pénalités semblent peu sévères si on les compare à celles dont le vol et l'escroquerie ont été frappés par le Code. Mais nous savons que l'indulgence relative montrée par le législateur dans la répression de l'abus de confiance se justifie par d'excellentes raisons, et notamment par celle-ci : qu'il est plus facile de se garantir de l'abus de confiance que du vol et de l'escroquerie (V. *suprà*). — Nous étudierons 1° la répression du délit d'abus de confiance, 2° la répression du crime d'abus de confiance.

§ Ier

Répression du délit d'abus de confiance

Les peines correctionnelles indiquées par les art. 408 et 406 sont : 1° un emprisonnement de deux

mois au moins, de deux ans au plus, 2° une amende qui ne peut excéder le quart des restitutions et des dommages-intérêts qui seront dûs aux parties lésées, ni être moindre de vingt-cinq francs, 3° l'interdiction de tout ou partie des droits prévus par l'article 42 du Code pénal ; cette dernière peine est facultative (1). Les deux premières au contraire sont l'une et l'autre infligées à l'agent du délit, sauf déclaration formelle de circonstances atténuantes. (V. Cass. 25 oct. 1895, D. 97, 1, 425.) Ces peines se cumulent.

En ce qui concerne spécialement l'amende, s'est posée la question suivante : Quels principes suit-on pour évaluer les restitutions et dommages-intérêts accordés à la partie lésée (réparations dont le *quantum* sert de base à la fixation de l'amende) ? Ces réparations doivent-elles être proportionnelles au bénéfice réalisé par l'auteur de l'abus de confiance, ou à la perte subie par la victime du

(1) « Les tribunaux jugeant correctionnellement pourront, dans certains cas, interdire, en tout ou en partie, l'exercice des droits civiques, civils et de famille suivants : 1° de vote et d'élection ; — 2° d'éligibilité ; — 3° d'être appelé ou nommé aux fonctions de jurés ou autres fonctions publiques, ou aux emplois de l'administration, ou d'exercer ces fonctions ou emplois ; — 4° du port d'arme ; — 5° de vote et de suffrage dans les délibérations de famille ; — 6° d'être tuteur, curateur, si ce n'est de ses enfants et sur l'avis seulement de la famille ; — 7° d'être expert ou employé comme témoin dans les actes ; 8° de témoignage en justice, autrement que pour y faire de simples observations. » (Art. 42 C. pén.)

délit ? — Nous croyons que l'on doit se ranger à ce second parti, car c'est un principe général en droit français que les restitutions et les dommages-intérêts ne sont pas ordonnés dans le but d'enrichir celui qui les reçoit, mais qu'ils doivent se mesurer aussi exactement que possible à la perte subie et à l'intérêt qu'avait le demandeur à ne pas être lésé. Nos lois ne prononcent en aucune circonstance, si ce n'est dans certains cas vis-à-vis du fisc, des condamnations analogues aux condamnations *in duplum* du droit romain. Ne s'attachant qu'à réparer le dommage causé, elles n'ont pas égard au bénéfice réalisé par l'auteur du dommage. (V. cependant l'art. 164 du C. pén.) Nous pouvons dire enfin que la disposition de l'article 406, sur le sens de laquelle nous discutons, est suffisamment explicite par elle-même. Elle fixe l'amende au quart des restitutions et dommages-intérêts qui seront non pas « accordés » mais « dûs » aux parties lésées. — Pour ces diverses raisons, nous croyons que les restitutions et dommages-intérêts qu'entraine un abus de confiance doivent être la réparation adéquate du préjudice causé. — Dans ce sens : Cass. 17 mai 1878, D. 78, 5, 5.

Ce préjudice est facilement évalué si le juge l'établit contradictoirement avec le plaignant. Mais s'il n'y a pas de partie civile dans la cause, le juge peut éprouver quelque embarras. D'après la

jurisprudence, il devra cependant déterminer le préjudice s'il condamne le prévenu à une amende de plus de 25 francs. S'il ne peut ou ne veut établir le préjudice, il condamnera au minimum de l'amende. (V. Cass. 7 novembre 1895, D. 96, 1, 224. — 29 juillet 1893, D. 95, 1, 56. — 16 août 1894, D. 95, 1, 50. — 23 août 1894, D. 95, 1, 56.)

§ II

Répression du crime d'abus de confiance

L'abus de confiance prend un caractère exceptionnel de gravité quand il est commis par certaines personnes, soit parce que ces personnes exercent des fonctions qui leur ont été conférées sous la garantie des pouvoirs publics et sont investies par là d'un caractère qui commande la confiance ; soit parce qu'elles occupent auprès de la victime même de leur fraude certains emplois dans l'accomplissement desquels il est difficile de les surveiller d'une manière continue, et peuvent être trop facilement tentées d'abuser de cette situation. Deux lois postérieures au Code pénal ont porté successivement les peines de la *réclusion* contre des abus de confiance rentrant dans l'un ou dans l'autre de ces ordres d'idées.

I. La loi du 28 avril 1832 considère comme circonstance aggravante d'un abus de confiance les

qualités de « domestique, homme de service à gages, élève clerc, commis, ouvrier, compagnon ou apprenti », si c'est au préjudice de leur maître que les personnes revêtues de ces qualités ont commis un abus de confiance. — Nous allons étudier brièvement ceux des termes de cette énumération qui demandent quelques explications.

Qu'entend-on par les mots : domestiques, hommes de service à gages ? — D'une manière générale, ce sont les individus attachés au service de la personne ou de la maison et auxquels on paye un salaire soit en argent, soit en nourriture ou logement. A ces titres, le secrétaire, le précepteur doivent être considérés comme hommes de service à gage, aussi bien que le cocher ou le cuisinier.

On s'est demandé si le détournement par les domestiques des sommes qui leur ont été remises pour les dépenses de la maison constituait un crime d'abus de confiance : On doit répondre sans aucun doute affirmativement, si le domestique a détourné l'argent et n'a pas procuré à son maître les objets ou denrées qu'il était chargé d'acheter. Mais s'il les lui a procurés, on se trouve en présence de la difficulté suivante : Le préjudice causé est un élément essentiel de l'abus de confiance. Or, le maître ne subit pas de préjudice, puisqu'en effet il reçoit la contre-valeur de la somme confiée. Il ne perd rien, car, dit M. Garraud, il n'est pas

tenu de payer un achat fait contrairement à son mandat. (Si, d'autre part, le fournisseur subit au contraire un préjudice, la question est indifférente dans l'espèce. Elle fera l'objet d'une autre action, dont nous n'avons pas à parler). Vis-à-vis du maître il n'y a donc pas un abus de confiance. Telle est du moins la jurisprudence de la Cour de cassation dans plusieurs affaires, et notamment dans un arrêt du 16 avril 1852, D. 53, 2, 138. — V. cependant Cass. 28 janv. 1842, S. 42, 1, 177.

Les professions désignées par les mots : élèves, clercs, commis, ouvriers, compagnons, apprentis, sont faciles à déterminer. Mais encore faudrait-il, pour que ceux qui les exercent fussent punis des peines de l'abus de confiance qualifié, que ces individus exercent ces fonctions d'une manière habituelle au service de la victime de leur fraude, et soient sous la dépendance à peu près exclusive de celle-ci. Ainsi, un commissionnaire qui représente plusieurs maisons de commerce et fait des affaires pour son propre compte ne serait pas un commis au sens de l'art. 408, § II. (Cass. 3 juin 1841, cité par Chauveau et Hélie, tome V, n° 2310). — Il en serait de même d'un secrétaire de mairie chargé de faire de temps en temps des recouvrements au compte d'une maison de banque (Cass. 20 déc. 1884. *Gaz. pal.* 85, 1, 189). — Au contraire, le représentant salarié d'une compagnie d'assurances serait un

commis et se rendrait coupable d'un abus de confiance qualifié s'il détournait des primes d'assurances ou autres valeurs au préjudice de la Compagnie (Cass. 17 fév. 1876, D. 77, 1, 239).

Il n'en est pas autrement des ouvriers, compagnons, apprentis. D'après un arrêt de la Cour de Grenoble du 1er février 1894, l'ouvrier qui engage son temps, travaille pour le compte d'un maître, à la surveillance constante mais générale duquel il est soumis, qui est, en un mot, un véritable subordonné, doit à juste titre être assimilé au domestique, car, c'est à raison même de cette subordination qu'une confiance toute spéciale lui est accordée ; tout autre, d'après le même arrêt, est la situation de l'ouvrier travaillant à la tâche, louant son industrie et non son temps, travaillant aux heures qu'il lui plaît : un tel ouvrier échappe aux conditions d'aggravation de l'art. 408, comme un entrepreneur y échapperait. Et peu importe que cet ouvrier *à la tache* travaille dans l'usine de son patron : si la surveillance exercée sur lui est exercée pour le bon ordre de l'atelier, et n'atteint pas son indépendance relativement à l'accomplissement même de son œuvre. (Grenoble 1er février 1894, D. 94, 2, 383).

II. **La loi du 13 mai 1863** a fait un crime de l'abus de confiance commis par les « *officiers publics et ministériels* ».

On entend par *officiers ministériels* aux termes de l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816 : « *les avocats à la Cour de cassation, notaires, avoués, greffiers, huissiers, agents de change, courtiers, commissaires-priseurs* ». — Nous croyons que les expressions « *officiers publics* » se réfèrent également aux personnes que nous venons d'énumérer. (Cela a été contesté par divers auteurs et notamment par M. Garraud). Sans être d'un emploi fréquent dans le langage courant lorsqu'il est question de notaires ou d'avoués, cette appellation est cependant usitée. De plus, si on avait voulu, lors de la confection de la loi, désigner par ces mots les fonctionnaires publics, ainsi que le prétendent quelques personnes, il faut reconnaitre que ces expressions eussent été bien générales et trop peu explicatives. — D'ailleurs, à la séance du corps législatif du 17 avril 1863, un député ayant demandé des explications au sujet des mots « officiers publics », le commissaire du Gouvernement fit cette réponse qui est selon nous caractéristique : « La commission a fait une chose très sage et très rationnelle en assimilant les *officiers publics* ou ministériels, *c'est-à-dire les agents de change, les notaires, les avoués, les huissiers* aux personnes déjà comprises dans les dispositions de l'art. 408, etc. » — Bref, nous croyons que les deux expressions « officiers publics » et « officiers ministériels » sont synonimes au sens

de l'article 408 du Code pénal (1), et que les fonctionnaires publics sont en dehors des termes du paragraphe deuxième de cet article. — C'est ce que décida la Cour de Paris par arrêt du 19 novembre 1874 (S. 75, 2, 81), à propos de détournements par un maire des fonds de la commune : La Cour le condamna pour abus de confiance simple.

Faut-il distinguer entre les différents abus de confiance commis par les officiers publics ou ministériels ? Certains d'entre eux ne sont-ils que des délits punis de peines correctionnelles ?

Il est évident que le législateur ne s'est pas proposé de punir de peines criminelles *tous* les abus de confiance commis par les officiers ministériels. Que l'on suppose le détournement par l'un d'eux d'un cheval ou d'une bicyclette prêtés par un ami : comprendrait-on que cet acte commis par un notaire, un avoué, un huissier fût un crime, et que le même acte, commis par un individu quelconque, fût un simple délit ? Il n'est pas besoin d'insister sur ce point. Mais il ne faudrait cependant pas commettre des exagérations dans un autre sens : Ce serait à tort, selon nous, qu'on

(1) Le sens de ce premier mot est déterminé par celui du second. — Le mot *officier public* dans le langage ordinaire, lorsqu'on l'emploie en même temps que celui d'officier ministériel, s'applique principalement (mais non exclusivement) aux notaires (V. cependant Block, *Dictionnaire de l'administration française, v° officiers publics et ministériels*).

restreindrait les faits criminels d'abus de confiance aux détournements frauduleux commis par un officier ministériel *dans l'exercice de ses fonctions* : par l'investiture que leur donne en quelque sorte le Gouvernement, les officiers ministériels sont désignés à la confiance publique d'une manière toute spéciale. Aussi sont-ils fréquemment chargés, *en leur qualité de notaires, d'avoués, etc.*, de placements de fonds et de diverses opérations étrangères à leurs fonctions. S'ils détournent les valeurs qui leur ont été confiées à ce titre, il est naturel que les termes très généraux de l'art. 408, § II, reçoivent leur application. S'il est prouvé, au contraire, que la victime de leur détournement se soit adressée non au notaire ou à l'avoué, mais à l'ami, il en est autrement. La jurisprudence est constante en ce sens : — voir notamment les arrêts suivants : Cass. 31 juillet 1874, S. 74, 1, 503 : (notaire). — Cass. 21 août 1874, S. 75, 1, 238 : (notaire). — 29 février 1879, S. 81, 1, 286 : (huissier.) — Cass. 13 mars 1896, S. 97, 1, 208 : (courtier maritime). — Toulouse, 16 juin 1897, S. 98, 2, 137 : (notaire) (1).

(1) En dehors du paragraphe deuxième de l'art. 408, divers textes punissent de peines criminelles certains faits d'abus de confiance. Nous croyons devoir les transcrire ici : quelques-uns de ces textes sont annoncés par la disposition finale de l'art. 408 et doivent être signalés (ne serait-ce qu'à ce titre). En outre, ces textes apportent une aggravation nouvelle à la ré-

pression de l'abus de confiance. C'est ainsi que certains faits, au lieu d'entraîner les pénalités de l'art. 408 sont susceptibles d'être réprimés par une condamnation aux travaux forcés à temps.

Art. 255 C. p. « Quiconque se sera rendu coupable des » soustractions, enlèvements ou destructions mentionnées en » l'art. précédent, sera puni de la réclusion (V. la suite). » Si le crime est l'ouvrage du dépositaire lui-même, il sera » puni des travaux forcés à temps. »

(Disons, pour l'intelligence de l'article précédent, que les soustractions, enlèvements ou destructions mentionnées dans l'art. 254 portent sur les papiers, registres, actes et effets contenues dans les archives, greffes ou dépôts ou remis à un dépositaire public en cette qualité).

En somme, l'art. 255 a trait à la violation d'un dépôt public, fait plus grave que la violation d'un dépôt privé, crime ou délit puni par l'art. 408 : C'est un attentat contre la foi publique. — On considère comme dépôts publics : les archives, les greffes, les bureaux des diverses administrations publiques, les études de notaire (V. Chauveau et Hélie, t. 3, p. 225). On s'attache dans la répression de ce crime au caractère spécial du lieu où le dépôt a été fait. Mais tous les dépôts faits dans un greffe ou chez un notaire ne sont pas visés par l'art. 255, car il s'agit d'un *fait de fonctions*, et un notaire, par exemple, n'est considéré comme *dépositaire public* qu'à raison de ses minutes, car c'est le propre de sa fonction de les recevoir. Si on lui remet en dépôt des titres de rente ou des obligations sous seing privé et qu'il les détourne, il sera considéré seulement comme dépositaire privé et sera puni des peines de l'art. 408, suivant les distinctions que nous avons étudiées. (V. Garraud, t. V, p. 340, note, et t. III, p. 345).

— Les art. 169 et 173 du C. pén. punissent des travaux forcés à temps certains détournements frauduleux : Le premier de ces articles punit spécialement ceux qui sont commis par les comptables ; le second, ceux qui sont commis par les fonctionnaires, officiers publics et leurs préposés ; le tout, sous certaines conditions. (Voir ces articles.)

Nous n'insistons pas davantage sur l'explication de ces articles. L'étude de ces textes ne fait pas partie de notre sujet, et nous renvoyons aux ouvrages spéciaux, notamment à ceux de M. Blan-

che, t. III, et de MM. Chauveau et Hélie, t. II. — Disons toutefois que les dispositions des art. 169 et suiv., en ce qui concerne les officiers publics ou ministériels, ont été (de l'avis de MM. Blanche et Garraud) tacitement abrogées par la loi du 13 mai 1863.

CHAPITRE II

POURSUITES (1)

L'auteur d'un abus de confiance peut être l'objet de poursuites publiques ou de poursuites privées.

Il peut être poursuivi par le ministère public au nom de la société, ou par les particuliers qui ont été lésés par son acte. De là deux sortes d'actions : l'action publique et l'action civile. La première de ces actions ne peut être exercée que devant les tribunaux de répression (2) ; la seconde, au contraire, peut être intentée soit devant le tribunal civil, soit devant le tribunal répressif, accessoirement, dans ce dernier cas, à l'action publique.

Deux idées principales dominent cette matière :

1° **Les poursuites privées sont soumises à la règle « electâ unâ viâ, non datur recursus ad alteram. »** — Cette maxime vient du droit romain. Elle a été suivie dans notre ancien droit français,

(1) Nous n'étudions ici que le *délit* d'abus de confiance, *délit pénal,* qu'il ne faut pas confondre avec le *délit civil* résultant de la simple inexécution du contrat. — Ce dernier ne peut donner lieu qu'à une action en dommages-intérêts, tandis que le délit pénal prévu par l'art. 408 est susceptible d'entraîner non seulement une réparation civile, mais encore une réparation pénale (V. *suprà*, parallèle entre le délit pénal et le délit civil).

(2) C'est-à-dire devant la Cour d'assises ou devant le tribunal correctionnel, selon que l'abus de confiance est poursuivi comme crime ou comme délit.

et de nos jours, elle est considérée par un certain nombre de jurisconsultes comme de *droit commun* (3).

En vertu de cette opinion, la personne lésée par un abus de confiance qui aurait déjà usé de la faculté d'intenter une action civile devant les tribunaux répressifs ou devant les tribunaux civils, ne pourrait pas, revenant sur le choix qu'elle a fait d'une de ces juridictions, saisir dans la suite celle de ces juridictions qu'elle n'a pas saisie tout d'abord.

Cela résulte *a contrario* des considérants d'un arrêt de Cassation du 8 décembre 1893 (aff. Quey, D. 97, 1, 265). Cet arrêt reconnaît que la maxime « *electâ unâ viâ...* » serait opposable à la partie civile qui poursuit devant la juridiction correctionnelle l'auteur d'un abus de confiance, alors qu'elle avait déjà saisi la juridiction civile : « s'il y avait, dit cet arrêt, identité entre les deux actions. » Mais cette identité n'existant pas dans l'espèce, la maxime ne doit pas s'appliquer. — Dans le même sens : arrêt du 6 juillet 1878, S. 78, 1, 487.

2° **L'action privée et l'action publique sont indépendantes l'une de l'autre.** — La victime du délit peut poursuivre la réparation civile de l'abus de confiance devant le tribunal civil avant toutes poursuites exercées par le ministère public. D'autre

(3) V. Normand, *Traité élémentaire de droit criminel*, p. 616, n° 893.

part, le ministère public peut prendre l'initiative des poursuites avant toute action de la victime du délit. Il est même recevable à poursuivre devant la juridiction répressive, alors même qu'une instance serait engagée déjà devant les tribunaux civils sur les poursuites de la partie lésée (1). (V. aff. Heretieu, Cass. 8 décembre 1893, D. 97, 1, 266. — Aff. Schieffer, Cass. 12 juin 1890, D. 90, 1, 489).

(1) Mais dans ce cas l'exercice de l'action civile serait suspendu jusqu'à ce qu'il ait été statué définitivement sur l'action publique (C. inst. cr. art. 3, § 2. C'est ce que l'on exprime en disant : « le criminel tient le civil en état ». (V. Garraud, *Précis de droit criminel*, n° 404.)

CHAPITRE III

COMPÉTENCE

Les abus de confiance, classés suivant les circonstances parmi les crimes ou parmi les délits, sont réprimés soit par la Cour d'assises soit par le tribunal correctionnel : *Ratione materiæ,* cette infraction est soumise aux règles de compétence de droit commun.

D'autre part, on ne saurait en cette matière soulever de difficultés au point de vue de la compétence *ratione personæ.*

La compétence *ratione loci* a donné lieu à quelques controverses, dans le cas au moins où, pour la déterminer, on s'attache à rechercher le lieu dans lequel a été commis le délit. — D'après une première opinion, l'abus de confiance serait susceptible *de se continuer* pendant un certain laps de temps : Le délit commencerait au moment du détournement et ne cesserait pas tant que la chose serait retenue par celui auquel elle avait été remise. En un mot, l'abus de confiance serait un délit « *continu ou successif* » ; et il y aurait autant de tribunaux compétents que d'arrondissements dans lesquels le délit se serait continué.

La Cour de cassation a repoussé ce système, dont

l'application eût donné lieu à de graves difficultés. En effet, quelles raisons aurait-on, si l'on admettait ce système, de préférer tel tribunal à tel autre ? La détermination de la compétence serait une question insoluble. D'ailleurs, la notion toute contraire d'un détournement *instantané*, notion proposée par les partisans d'une seconde opinion, n'est pas contraire à la nature de l'abus de confiance et peut être admise : qu'on suppose par exemple un détournement consistant dans la dissipation de l'objet confié, dans la destruction de cet objet (1) le moment de raison pendant lequel s'accomplit un tel détournement est généralement de courte durée, et il est improbable qu'un tel acte puisse être exécuté sur le territoire de plusieurs arrondissements judiciaires. — Il vaut donc mieux, suivant le système de la jurisprudence, *déterminer le lieu où la fraude s'est révélée ;* Ce lieu sera généralement celui où a été faite une *mise en demeure de restituer* suivie d'un refus de la part du prévenu. Mais cette mise en demeure n'est même pas nécessaire : Le juge pourrait *souverainement* apprécier l'époque du détournement et l'endroit où la fraude s'est révélée en s'aidant de toutes les circonstances de la cause. (V. spécialement affaire Trabaud, Cass. 28 août 1879, S.

(1) Nous savons que l'idée de dissipation se ramène à celle de détournement ou pour mieux dire, que les deux idées se confondent avec celle d'appropriation frauduleuse de l'objet confié (V. *suprà*).

80, 1, 389 (1). — Cass. 30 décembre 1887, S, 89, 1, 343. — Cass. 10 août 1893, D. 97, 1, 425-426).

(2) Les juges du fait avaient reconnu que la mauvaise foi de Trabaud s'était révélée tel jour, en un lieu déterminé (Nice), et cela sans que Trabaud ait été l'objet d'une mise en demeure de restituer. — Les faits se présentaient ainsi : Trabaud se trouvant à Nice avait reçu d'un notaire, pour le compte du sieur Cézanne 5,000 francs à la charge de les verser immédiatement à la trésorerie générale des Alpes-Maritimes. Or, muni de cette somme, Trabaud partit précipitamment et furtivement de Nice pour passer dans la principauté de Monaco, où il fût arrêté après avoir dissipé les fonds : Les juges du fait estimèrent avec raison que la fraude s'était suffisamment manifestée *à Nice* par les faits que nous venons de raconter.

CHAPITRE IV

PREUVE DE L'ABUS DE CONFIANCE

Parmi toutes les questions qui se rapportent à notre sujet, une des plus délicates est celle de la preuve de l'abus de confiance. Cette preuve est complexe, comme l'infraction même à laquelle elle s'applique.

S'il s'agissait de faire la preuve d'un délit quelconque, d'un vol par exemple, il suffirait d'établir un simple fait, la soustraction, de rechercher si cette soustraction est frauduleuse. Et le but serait atteint. Lorsqu'il s'agit d'un abus de confiance, il ne suffit pas de prouver l'appropriation frauduleuse du bien d'autrui : Il faut établir en outre la préexistence d'un certain fait juridique, d'un contrat déterminé. Cela donne lieu à d'intéressantes questions de compétence et de modes de preuve.

§ 1er

Quels principes régissent la preuve de l'abus de confiance

I. **La préexistence d'un contrat déterminé** *(prévu par l'art. 408 C. pén.)* **doit être prouvée.** — Il est à peine besoin d'insister sur ce point : la

notion d'abus de confiance ne peut s'expliquer que par la passation d'un contrat servant de titre à la remise de l'objet détourné. Or, dit M. Laurent, en prenant comme exemple un abus de dépôt : le bon sens dit qu'il ne saurait y avoir de violation de dépôt quand il n'y a pas de dépôt (1). Et la Cour de cassation a reconnu du reste ce principe élémentaire dans le passage suivant du célèbre arrêt du 2 décembre 1813 : « Attendu, dit la Cour, que le délit de violation de dépôt supposait nécessairement la préexistence d'un dépôt ; que la poursuite n'en pouvait donc être admise qu'autant que le dépôt eût été convenu et prouvé ; que, dans l'espèce, le dépôt était méconnu ; *que la preuve de ce dépôt devait donc être établie avant qu'il fût instruit sur sa violation* ; que cette preuve constituait une *question préjudicielle* à laquelle était subordonnée l'action publique et l'action civile ; etc. » (2).

Ce principe n'a jamais été remis en question.

II. **La preuve du contrat doit être faite devant la juridiction répressive et non devant la juridiction civile.** — Le contrat est un fait juridique d'ordre civil (3). Aussi s'est posée la question suivante : Appartient-il à une juridiction criminelle d'en faire la preuve ? N'est-ce pas plutôt

(1) Laurent, *Principes de droit civil français.* T. 19, n° 556.

(2) Arrêt du 2 décembre 1813. V. Sirey chr.

(3) Nous disons *civil* par opposition à *criminel*, sans vouloir exclure les contrats commerciaux.

une juridiction civile, qui, rationnellement, devrait connaître de ce fait juridique civil ? Et si l'on se range à cette dernière opinion, le tribunal criminel ne doit-il pas surseoir jusqu'à la décision du tribunal civil ?

Pendant assez longtemps les avis sont restés partagés : l'arrêt de cassation précité du 2 décembre 1813 déclare que « la preuve du délit et la violation du dépôt ne pouvant être séparées de celle *[sic]* de l'acte de dépôt, la compétence sur le délit, qui forme l'action principale, entraine nécessairement la compétence sur le contrat, dont la dénégation n'est qu'une *exception* contre cette action ; que la juridiction correctionnelle, compétente pour connaître de la violation du dépôt avait donc aussi caractère pour prononcer sur la préexistence du dépôt. C'est le commentaire de la maxime que : *le juge de l'action est juge de l'exception.* Mais cette doctrine très nettement affirmée dans l'arrêt du 2 décembre 1813 précité, ne fut pas adoptée dès le début d'une manière définitive. C'est ainsi que Carnot, commentant divers arrêts contradictoires, peut écrire ce qui suit (en 1836) : « mais *comme c'est aux tribunaux civils* qu'il appartient de juger si la preuve est recevable et par suite d'apprécier le commencement de preuve par écrit, on peut en conclure que les tribunaux correctionnels doivent *surseoir* au jugement de la plainte en violation de

dépôt, jusqu'à ce qu'il ait été jugé d'après les errements de la cause qu'il y a eu réellement dépôt » (1). Cependant, dès cette époque, la jurisprudence de l'arrêt de 1813 prévalait généralement.

De nos jours, elle est invariablement suivie. La Cour de cassation s'est en somme presque toujours inspirée pendant le cours de ce siècle d'une délibération qu'elle avait prise le 5 novembre 1813 (quelques jours avant l'arrêt précité), sur le rapport du président Barris, délibération connue sous le nom de « Note du président Barris ». Etant donné l'influence considérable qu'a eue cette note sur la jurisprudence, nous croyons utile d'en reproduire quelques extraits (2) : « Les tribunaux criminels, dit le président Barris, peuvent et doivent connaître des contrats dont la violation rentre dans l'application de l'art. 408 du Code pénal. Lorsque l'existence des contrats est déniée devant eux par la partie qui est poursuivie à raison de la dite violation, les tribunaux doivent juger la question préjudicielle de l'existence du contrat, soit que le plaignant en rapporte l'acte, soit qu'il ne rapporte qu'un commencement de preuve par écrit : *il est de principe que tout juge compétent pour statuer sur un procès dont il est saisi, l'est par là même pour statuer sur les questions qui s'élèvent incidemment*

(1) Carnot, *Commentaire du Code pénal*, t. II. p. 389, n° 4.
(2) Rapportés par Dall. rép. d'abus de conf. n° 184.

dans ce procès ; quoique, d'ailleurs, ces questions fussent hors de sa compétence si elles lui étaient proposées principalement... etc. » (1).

III. **La preuve du contrat préexistant doit être faite suivant les modes ordinaires de la preuve en matière de contrats.** — Ce principe complète le précédent et il en rend l'application possible : Le juge de répression est compétent sur une question de droit civil, mais il la juge du moins suivant les principes du droit civil.

Nous allons exposer rapidement de quelle manière la preuve est ordinairement administrée en matière criminelle, et cela permettra de juger combien

(1) A titre d'application récente de ce principe, nous pouvons citer un arrêt du 8 déc. 1893 (D. 97. S. 266).

« ...Sur le 2e moyen tiré de la violation de l'art. 408 C. p. et de l'art. 182 C. for., en ce que l'arrêt attaqué a refusé d'ordonner qu'il soit sursis au jugement de la poursuite correctionnelle jusqu'à ce que la juridiction civile se soit prononcée sur la question dont elle était saisie relativement à *l'existence du bail à cheptel,* base de la poursuite, et à la propriété des animaux ayant fait l'objet du contrat : *Attendu que le juge de l'action est juge de l'exception dans tous les cas où la connaissance de celle-ci n'a pas été attribuée par une disposition expresse de la loi à un juge différent ;* qu'aucun texte de loi n'a enlevé aux tribunaux de répression la connaissance des contrats dont la violation rentre dans l'application de l'art. 408 C. p. ; que vainement le pourvoi invoque les dispositions de l'art. 182 C. for. ; que cet article n'autorise l'admission de l'exception préjudicielle qu'autant qu'elle est fondée sur un droit de propriété immobilière et qu'il ne s'agit dans l'espèce que d'une question de propriété d'objets mobiliers ; dans ces conditions, la Cour d'appel n'aurait pu sans violer l'art. 3 C. instr. crim., accueillir l'exception et surseoir à statuer sur la prévention ; ... rejette. »

il eût été imprudent de ne pas imposer aux tribunaux de répression, lorsque la preuve d'un contrat se présente sous forme de question préjudicielle, les règles prévues par le Code civil. — Supposons que l'on doive établir un fait quelconque, coups, blessures, meurtre : S'agit-il d'une matière correctionnelle ? La preuve n'est assujettie à aucune forme systématique, et les juges peuvent puiser leur conviction *dans tous les éléments de la cause*, témoignages, présomptions et autres mode de preuve qui, le plus souvent, sont écartés par le Code civil. Il suffit que ces éléments de la cause aient été soumis à une discussion orale et contradictoire. (V. Dall. supp. V. preuve). S'agit-il d'une matière criminelle proprement dite ? Cette dernière condition n'est même pas requise : les jurés pourraient s'inspirer de faits dont ils ont acquis la connaissance en dehors de l'audience, par leurs investigations personnelles : L'art. 342 du Code d'instruction criminelle déclare en effet que les jurés n'ont pas à se déterminer par un mode de preuve plutôt que par un autre. La loi, dit cet article, ne leur fait que cette question « *Avez-vous une intime conviction ?* » Ces méthodes laissent aux juridictions pénales une grande liberté d'action. — D'autre part, le Code civil a établi au contraire des règles rigoureuses en matière de preuve des contrats. Or, va-t-on, parce que l'existence de ces contrats est contestée devant un tri-

bunal répressif, faire abstraction de ces règles du droit civil et établir l'existence de ces contrats suivant les modes ordinaires du droit criminel ? M. Normand (1) répond à cette question : « Pour déterminer le mode de preuve qui doit être ou non admis en justice, il ne faut pas s'attacher à la nature du tribunal appelé à statuer, *mais à la nature des faits qu'il s'agit de prouver* ».

Cela s'explique du reste, à notre avis, pour deux raisons principales. En premier lieu, il nous semble que pour déroger à des dispositions aussi formelles que celles des art. 1341 et suivants du Code civil, il faudrait un texte formel. Or il n'en existe pas au point de vue qui nous occupe. En second lieu, la solution contraire permettrait en toutes circonstances d'éluder la loi civile : Ainsi un individu a fait un dépôt d'une valeur de plus de 150 fr. et sans aucun titre, alors qu'il ne dépendait que de lui de s'en ménager un ; supposons que le dépôt soit nié par le dépositaire : La loi civile refuse au déposant tout moyen de recouvrer la chose, parce qu'il n'a pas d'écrit. Mais, si l'opinion que nous combattons était admise, le déposant aurait un moyen très efficace de se faire rendre la chose, malgré l'art 1341, (à condition que le dépôt ait été fait dans des circonstances faciles à recons-

(1) Normand, *Traité élémentaire de droit criminel*, p. 599, nº 859.

tituer). Il n'aurait qu'à déposer une plainte en prétendue violation de dépôt, c'est-à-dire en abus de confiance, à prouver le contrat par témoins ou autrement, et il rentrerait en possession de son bien. L'admission des modes ordinaires de preuve correctionnelle aurait permis d'enfreindre les prescriptions du titre des obligations avec une singulière facilité. Le législateur l'a certainement pas voulu (1).

La jurisprudence n'a d'ailleurs montré aucune hésitation à ce sujet. L'arrêt du 2 décembre précité a statué d'une manière définitive sur la nécessité de l'emploi des preuves prévues par le Code civil. Les tribunaux doivent même indiquer dans la rédaction du jugement sur quelle preuve en particulier ils basent leur affirmation de l'existence d'un contrat (2).

Nous croyons avoir démontré suffisamment 1° que la préexistence d'un contrat déterminé (prévu par

(1) Voir Chauveau et Hélie théorie du C. p. tome V. n° 2396.

(2) S'il s'agissait d'un mandat ou de tout autre contrat *pouvant revêtir* un caractère commercial, le fait que le tribunal n'indique pas dans le jugement la preuve sur laquelle il asseoit sa conviction pourrait s'interpréter ainsi : « cela montre que le contrat est commercial, car une indication de preuve n'est pas requise lorsqu'il s'agit de contrats de cette nature (art. 109 C. comm.) ; elle le serait au contraire s'il était civil. » — Mais la Cour de cassation rejette une telle interprétation. Pour que le tribunal puisse s'abstenir d'indiquer la preuve du contrat, il faut qu'un jugement ait *formellement* reconnu le caractère commercial de celui-ci. V. arrêt du 3[illegible] mai 1887 rapporté par Blanche (édition de 1889) en note, sous le n° 273.

l'art. 408) doit être prouvée ; 2° que la preuve de ce contrat doit être faite devant la juridiction criminelle et non devant la juridiction civile ; 3° que cette preuve doit être faite suivant les modes ordinaires de preuve en matière de contrats.

— Il serait inutile d'entreprendre une étude générale et détaillée de ces différentes preuves. Mais nous étudierons *la preuve testimoniale*, celle dont l'application présente le plus de difficultés. Nous laisserons de côté les autres : *les présomptions*, car le juge « pourra » les admettre aux termes de l'art. 1353 dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale, et dans ces cas seulement ; l'*aveu et le serment*, *la preuve écrite* : car leur application ne présente que de rares difficultés. — Nous remarquerons simplement que *la preuve écrite* est la preuve le plus fréquemment employée, la seule preuve possible quelquefois : Aussi M. Laurent, dans les lignes suivantes, a-t-il pu faire abstraction de toutes les autres preuves pour ne désigner que la seule preuve écrite : « Le bon sens dit qu'il ne saurait y avoir de violation de dépôt quand il n'y a pas de dépôt ; *et le droit dit que le dépôt étant un contrat doit être prouvé par écrit.* » (1).

(1) V. Laurent, op. cit. T. 19. n° 566.

§ 2

Application de la preuve testimoniale en matière d'abus de confiance

L'article 1341 du Code civil s'exprime ainsi : « Il doit être passé acte devant notaire ou sous signature privée de toutes choses *excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs,* même pour dépôts volontaires : et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs. — *Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce.* »

L'article 1341 établit donc en principe que seule la preuve écrite est admissible lorsqu'il s'agit de démontrer l'existence d'un contrat, et cela sauf deux réserves : 1° les autres preuves sont admissibles si la valeur de la chose est inférieure à 150 fr. ; 2° en matière commerciale il y a des règles spéciales.

Ces réserves constituent deux premiers cas d'application de la preuve testimoniale. Nous en trouvons en outre plusieurs autres dans les articles 1347 et 1348 C. civ., sous forme d'exceptions apportées à l'article 1341.

La preuve testimoniale est donc permise :

1° **S'il s'agit de contrats dont l'objet est inférieur**

en valeur à 150 fr. — Il suffit de se reporter aux articles 1342 à 1346 du Code civil pour savoir ce qu'il faut entendre par « choses n'excédant pas la somme ou valeur de cent cinquante francs ».

2° **S'il s'agit de contrats commerciaux.** — L'article 1341 *in fine* renvoie sans explications « aux lois relatives au commerce » : Les tribunaux ont estimé que ces mots étaient une allusion à l'article 109 du Code de commerce. Cet article dispose que « les achats et ventes se constatent... par la preuve testimoniale dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre. » — A première vue, les mots « achats et ventes » semblent devoir exclure l'idée d'un contrat prévu par l'article 408, car la *vente* n'est pas comprise parmi les contrats dont la violation entraîne les peines de l'abus de confiance. Cependant la jurisprudence, considérant ces expressions comme générales a reconnu qu'elles doivent s'appliquer au *mandat commercial*. C'est ainsi que la Cour de cassation a pris les considérants suivants dans un arrêt du 3 janvier 1890 (S. 90, 1, 154) : « Attendu qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que Roumieu est agent d'affaires à Montech : qu'à ce titre, il est commerçant, et que le mandat (de payer le vendeur) dont la violation lui est imputée avait pour objet un acte rentrant dans l'exercice de sa profession ; attendu *que ce mandat était donc commercial et que l'existence a pu en être établie*

par témoins conformément aux articles 1341 Code civil 109 et 132 Code de commerce, etc. » Voir également : Limoges, 4 mars 1886, *Gaz. Pal.* 86, 1, 888.

Mais ce n'est pas seulement en matière de *mandat* commercial que la Cour de cassation applique l'article 109 du Code de commerce : un arrêt de 1855 (1) s'appuyant sur cet article admet la preuve testimoniale en un sens beaucoup plus général que celui des mots « achats et ventes » dans le langage ordinaire : « Attendu, dit cet arrêt, que les opérations intervenues entre le demandeur et les parties plaignantes *sont intervenues en matière de commerce*, et que dès lors l'existence du mandat aux termes des articles 1341 Code civil *et 109 Code de commerce* peut être établie par témoins..., etc., rejette. »

La preuve testimoniale est permise encore :

3° **En vertu de l'exception aportée à l'article 1341 du Code civil par l'article 1347 du même Code :** « Les règles ci-dessus, dit cet article, reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. » On sait que l'expression « commencement de preuve par écrit » est prise dans diverses acceptions par la loi (cpr. par exemple article 324 C. civ.), Mais en la matière qui nous occupe, « on appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est

(1) Cité par Blanche, op. cit., p. 385.

formée et qui rend vraisemblable le fait allégué » (art. 1347, *in fine*).

Le commencement de preuve par écrit peut résulter de pièces très diverses, par exemple d'une quittance, d'un reçu, ou même d'une déclaration écrite quelconque, dont le juge appréciera souverainement la portée (Cass. 28 novembre 1898, D. 99, 1, 37. — *Gaz. Pal.* 98, 2, 728) : les héritiers de Timoléon d'Ortoli avaient porté plainte contre Ortoli, notaire, qui avait détourné une somme autrefois touchée par lui pour le compte du *de cujus*, somme dont il avait été chargé par celui-ci d'opérer le placement. La Cour de cassation admet sans difficulté que la Cour de Bastia, souveraine appréciatrice du degré de vraisemblance de tout commencement de preuve par écrit, ait trouvé celui-ci dans « une déclaration signée par le défunt » (V. aussi Cass. 19 octobre 1897, *Gaz. Pal.* 97, 2, 442, et Cass. 9 novembre 1898, D. 99, 1, 103.)

On peut encore voir un commencement de preuve par écrit dans les réponses faites par le prévenu lors de son interrogatoire devant le juge d'instruction, lorsque cet interrogatoire est signé de lui : Une réponse verbale n'aurait pas la même valeur : « l'aveu verbal, dit M. Laurent (1) ne peut former un commencement de preuve par écrit, par l'excellente raison qu'il n'y a pas d'écrit. » Aussi les réponses faites

(1) Laurent, op. cit., t. 19, n° 510.

à l'audience par l'inculpé n'étant pas « actées », suivant l'expression de M. Labbé (1), ne seraient pas des commencements de preuve par écrit (Cass. 8 décembre 1893, affaire Héretieu, D. 97, 1, 266. Cass. 17 juin 1841, S. 41, 1, 779) et la plupart des auteurs (*Contrà :* Toulouse, 16 juin 1897, précité). Et à plus forte raison un aveu verbal extra-judiciaire serait-il dans le même cas (Cass. 3 juin 1892, S. 92, 1, 431).

4° **En vertu de l'exception apportée à l'article 1341 par l'article 1348.** — Un contrat pourra être prouvé autrement que par écrit « toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer la preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui... » et la loi donne divers exemples de cette impossibilité : le demandeur se réclame d'un dépôt nécessaire, d'une obligation contractée dans un cas d'accident imprévu, d'une obligation qui résulte d'un délit, d'un quasi-délit, d'un quasi-contrat ; de la perte de l'écrit par cas fortuit ou force majeure.

Ce sont là des *exemples* de l'impossibilité de se procurer un écrit. Mais celle-ci pourrait résulter de faits ou circonstances non indiqués par l'article 1348 : « Attendu, dit par exemple la Cour de Bordeaux, que le principe qui ressort de l'art. 1348 est *général* et embrasse tous les cas où il n'a pas

(1) Labbé, note dans Sirey sous Toulouse, 10 juin 97, S. 98, 2, 137.

été possible de se procurer une preuve littérale ; qu'il y a en effet même raison de l'appliquer aux *impossibilités morales* : celles-ci pouvant être aussi absolues que les impossibilités physiques, etc. » (voici en quoi, dans l'espèce, consistait cette impossibilité morale : Il s'agissait de prouver un mandat intervenu entre beau-frère et belle-sœur, vivant dans l'intimité et tous les deux illettrés. Ce mandat consistait dans la simple commission suivante donnée par l'un à l'autre : rapporter de la ville voisine la monnaie d'un billet de banque. — Conçoit-on un écrit pour constater le contrat intervenu en pareilles circonstances ? La Cour de Bordeaux ne l'a pas pensé.) (Bordeaux, 2 mars 1871. — Dall. sup. V° Preuve n° 60.)

Jusqu'ici, dans les explications que nous venons de donner, nous avons supposé qu'il s'agissait de prouver le contrat devant le tribunal correctionnel. Mais comment se ferait, devant la Cour d'assises, la preuve d'un contrat portant sur une somme ou valeur supérieure à 150 francs ? L'art. 1341 s'appliquerait-il à l'exclusion de la preuve testimoniale ? — Un grand nombre d'auteurs, et parmi eux M. Normand (1), estiment que la preuve testimoniale, étant donnés les termes de l'art. 342 du Code d'instruction criminelle, pourrait être employée comme toute autre preuve (2).

(1) V. Normand, *Traité élémentaire de droit criminel*, n° 859, p. 599.
(2) V. *supra* ce que nous avons dit de l'art. 342.

Mais, d'après une jurisprudence assez nettement établie et qui ne contredit pas d'ailleurs l'opinion que nous venons de signaler ; si, à l'audience de la Cour d'assises, les jurés peuvent, *en fait*, et souverainement du reste, reconnaître l'existence d'un contrat donné, et cela sans qu'on ait produit devant eux un écrit : en d'autres termes, si les jurés ont été mis dans le cas de violer l'art. 1341, il ne s'ensuit pas que l'arrêt de la Cour d'assises soit sujet à cassation pour violation de la loi. Les jurés n'ont pas à expliquer leur verdict, et leur appréciation des faits et des preuves est souveraine, nous le répétons. Mais, *en droit*, l'arrêt de la chambre des mises en accusation n'aurait dû leur déférer le jugement d'un crime, qu'autant que le contrat dont la violation constitue ce crime était susceptible d'être prouvé *conformément à la loi*. La chambre des mises en accusation n'ayant pas observé cette règle, son arrêt aurait pu être cassé : Il appartenait à l'accusé de se pourvoir. — C'est pourquoi on peut dire que, *en droit au moins*, l'art. 1341 devrait recevoir son application en Cour d'assises, à l'exclusion de la preuve testimoniale (1).

(1) V. Labbé (note de), sous Toulouse, 16 juin 1897, S. 98, 2, 137.

CHAPITRE V

PRESCRIPTION

Aux termes des articles 637 et 338 du Code d'instruction criminelle, les crimes se prescrivent par dix ans et les délits par trois ans à compter du jour où ils ont été commis. — Le crime et le délit d'abus de confiance sont soumis aux dispositions de ces articles.

Lorsque l'on discutait encore sur le caractère de continuité ou d'unité de l'abus de confiance, le point de départ de la prescription de cette infraction donnait lieu à quelques difficultés. Mais (nous l'avons vu précédemment) (1) : la jurisprudence a renoncé à considérer l'abus de confiance comme un délit successif. Elle y voit un délit instantané. Or, si cette solution présente un certain intérêt quant à la détermination du tribunal de répression, elle présente une grande importance quant au point de départ de la prescription.

Le juge doit essayer de déterminer le moment où s'est révélée la fraude. C'est une question de fait. S'il parvient à la résoudre, vainement objectera-t-on la rétention ultérieure de la chose : le point de

(1) V. *suprà*, (compétence).

départ sera fixé, et fixé même d'une manière définitive. La Cour de cassation admet que le tribunal du fait est souverain appréciateur du moment où la fraude apparaît. (V. Cass. 30 juin 1864, D. 66, 1, 362. — Cass. 19 décembre 1878, D. 79, 2, 238. — 28 août 1879, S. 80, 1 389. — Cass. 30 décembre 1887, S. 89, 1, 343. — 10 août 1893, D. 97, 1, 425-426.)

Si on ne pouvait établir l'époque où a eu lieu la consommation du délit, on ferait courir la prescription du jour où la restitution est refusée ou devenue impossible (1).

(1) V. Normand, *Traité élémentaire de droit criminel*, p. 633, n° 920.

APPENDICE

APERÇUS DE DROIT COMPARÉ. — CONCLUSION

Le délit d'abus de confiance est puni par toutes les législations du monde civilisé. Il est généralement distingué des délits de vol et d'escroquerie sans toujours comporter cependant un nom particulier ni des pénalités spéciales. Ainsi, la loi portugaise détermine les éléments dont il se compose, dans un texte qui semble avoir été inspiré à ses rédacteurs par l'article 408 de notre Code pénal : mais elle le punit des peines du vol ; la loi espagnole réprime l'abus de confiance (sous le nom d' « estafa ») par une disposition pénale commune à l'escroquerie, à la tricherie au jeu et à quelques autres infractions ; la législation anglaise le met au nombre des « larceny » ou « appropriations illicites de la chose d'autrui sans menaces ni violences » (1), mais elle ne lui donne pas un nom spécial ; le nouveau code pénal italien le comprend simplement parmi les « appropriations

(1) V. Von Liszt, *la législation pénale comparée*, p. 677.

indues » (1). Les termes employés par ces législations sont très généraux et communs à divers délits.

En droit français, le délit prévu par l'article 408 du Code pénal n'est pas connu non plus sous un nom qui lui soit propre, car il partage celui d'abus de confiance avec d'autres délits prévus par les articles 406, 407 et 409 du même Code. A notre avis, il eût été facile de le distinguer de ces derniers délits en l'appelant par exemple : « Détournement de la chose d'autrui ». Cela eût évité toute confusion dans la terminologie usitée en matière d'« abus de confiance » Ces réflexions nous sont suggérées par la lecture des articles 246 et 247 du Code pénal de l'empire d'Allemagne. Ces textes punissent sous le nom de « détournements » divers faits qui tomberaient, en France, sous l'application de notre article 408. Le Code pénal des Pays-Bas emploie le même terme.

Au point de vue plus important de la fixation des éléments constitutifs de l'abus de confiance, notre législateur aurait pu s'inspirer avec fruit de la rédaction de quelques codes étrangers. Ceux-ci évitent avec soin deux énumérations faites par l'article 408, et que l'on peut considérer comme fâcheuses.

La première est celle des biens qui peuvent faire

(1) Sous la rubrique « appropriations indues », le Code pénal italien punit encore les faits suivants : le détournement d'objets trouvés, ou celui d'objets remis à quelqu'un par erreur. Ces faits, nous l'avons reconnu, sont impunis en droit français.

l'objet d'un détournement frauduleux : dans l'article 408 sont ainsi nommés presque tous les biens meubles. Mais une énumération doit être conçue en termes exacts. Or, certains mots de celle-ci auraient pu paraître vagues s'ils n'avaient été précisés : C'est du moins ce qu'a pensé le législateur. Aussi a-t-il donné, à propos des « écrits » par exemple, une explication que nous trouvons malheureuse : « le détournement d'un écrit ne peut être considéré comme un abus de confiance que si cet écrit contient ou opère obligation ou décharge ». Il résulte de cette réserve que le détournement de lettres missives ne contenant pas obligation ou décharge n'est pas un abus de confiance, même si la divulgation de pareilles lettres intéresse l'honneur ou la fortune de la personne qui les avait confiées au coupable sous le sceau du secret. Ce fait ne peut entraîner qu'une réparation civile. — A notre avis, on devrait effacer de l'article 408 une restriction semblable, abandonner la forme énumérative qui présente, d'une manière générale, de graves inconvénients, et adopter une formule très compréhensive embrassant l'ensemble des meubles, comme l'ont fait les législations allemande, italienne ou hollandaise (1).

(1) *Code pénal allemand* (art. 246). — Quiconque s'approprie illégalement un objet mobilier qui ne lui appartient pas, mais qui est en sa possession ou sous sa garde, se rend coupable de détournement, et sera puni de l'emprisonnement pendant 3 ans

Nous avons longuement étudié la deuxième énumération contenue dans l'article 408, car elle donne lieu à de nombreuses difficultés. C'est celle des contrats qui constituent un titre à la remise de l'objet du détournement. — Très sommaire au début, cette énumération fut complétée par des lois postérieures au Code pénal. Ces additions eussent été justifiées de tout temps. Mais, avant qu'elles fussent faites, se produisirent fréquemment dans l'application de l'article 408 de véritables violations de la loi : sous prétexte de ne pas laisser impunies des indélicatesses flagrantes, les tribunaux assimilèrent illégalement des remises d'objets faites à titre de nantissement ou de prêt à usage à des remises d'objets faites à titre de dépôt. Ils interprétèrent des contrats de mandat salarié comme des contrats de travail salarié. Actuellement, grâce aux lois de 1832 et de 1863, ces extensions illégales ne sont plus possibles.

au plus, et, si cet objet lui a été confié, de l'emprisonnement pendant cinq ans au moins, etc.

Code pénal italien (art. 417). — Quiconque s'approprie en la tournant à son profit ou au profit d'un tiers, une chose appartenant à autrui et qui lui a été confiée ou remise en vertu d'un titre, quel qu'il soit, emportant l'obligation de la restituer ou d'en faire un emploi déterminé, est puni, sur la plainte de la partie, de la réclusion, qui peut être portée à deux ans, et d'une amende de plus de cent livres.

Code pénal des Pays-Bas (art. 321). « Celui qui s'approprie illégalement une chose appartenant en tout ou en partie à un autre ou dont il est détenteur autrement que par suite d'un délit, est puni, comme coupable de détournement, d'un emprisonnement de trois ans au plus, ou d'une amende de 60 florins au plus. »

Mais il est souvent malaisé de déterminer exactement le contrat en vertu duquel la remise a été faite (1). — Or, on eût évité toutes ces difficultés si, au lieu de désigner nommément ces contrats, on les avait désignés par une expression unique, comme l'a fait le nouveau Code pénal italien : Ce Code punit « quiconque s'approprie en la tournant à son profit ou au profit d'un tiers, une chose appartenant à autrui et qui lui a été confiée ou remise *en vertu d'un titre, quel qu'il soit,* emportant l'obligation de la restituer ou d'en faire un emploi déterminé (2). » — Les législations allemande, hongroise, belge, hollandaise contiennent des articles rédigés à peu près dans les mêmes termes.

Jusqu'à une époque relativement récente, la répression de l'abus de confiance était assurée dans plusieurs de ces législations, et notamment dans celles de la Hollande et de la Belgique, par l'application du texte même de notre article 408. Mais les dispositions de cet article subirent des modifications assez profondes lorsque furent revisés le Code pénal belge et le Code pénal des Pays-Bas.

Ces innovations ont donné de bons résultats. Aussi formons-nous le vœu que notre droit criminel, usant de réciprocité à l'égard de ces législations, emprunte

(1) V. p. 89 les effets d'une désignation *alternative* de plusieurs contrats.

(2) Art. 417 du Code pénal italien.

à l'une d'elles les éléments d'une définition claire et complète de l'abus de confiance. Cette définition pourrait, croyons-nous, approcher de la perfection, parce que notre législateur devrait abandonner enfin les procédés de l'analyse, pour employer ceux de la synthèse.

Vu par le Président de la thèse,
NORMAND.

Vu :
Le Doyen,
LE COURTOIS.

Vu et permis d'imprimer :
Poitiers, le 23 juin 1899.
Le Recteur,
H. CONS.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE

CARACTÈRES DE L'ABUS DE CONFIANCE

CHAPITRE I. — De l'abus de confiance délit spécial 5
SECTION 1re. — Différences entre le vol et l'abus de confiance 6
SECTION 2e. — Différences entre l'escroquerie et l'abus de confiance 12
SECTION 3e. — Des origines de l'abus de confiance 15
§ 1er. — Droit romain 15
§ 2e. — Ancien droit français 18
SECTION 4e — L'abus de confiance depuis sa création en 1791 jusqu'à nos jours 24

CHAPITRE II. — Eléments constitutifs de l'abus de confiance.. 30
SECTION 1re. — Détournement frauduleux 31
SECTION 2e. — Personnes lésées par le détournement 52
SECTION 3e. — Objet du détournement 55
SECTION 4e. — Causes de remise de l'objet entre les mains du prévenu 59
§ 1er. — Détournement d'objets confiés à titre de dépôt.. 61
§ 2e. — Détournement d'objets confiés à titre de louage 76
§ 3e. — Détournement d'objets confiés à titre de mandat 90
§ 4e. — Détournement d'objets confiés à titre de nantissement 102
§ 5e. — Détournement d'objets confiés à titre de prêt à usage 104
§ 6e. — Détournement d'objets remis pour un travail salarié ou non salarié, à la charge de les rendre ou représenter ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé 108

DEUXIÈME PARTIE

L'ABUS DE CONFIANCE DEVANT LES TRIBUNAUX

CHAPITRE I. — Incrimination de l'abus de confiance. — Peines du délit et du crime d'abus de confiance 112
§ 1er. — Répression du délit d'abus de confiance 112
§ 2e. — Répression du crime d'abus de confiance 115

CHAPITRE II. — Poursuites 124

CHAPITRE III. — Compétence 127

Pages

CHAPITRE IV. — Preuve de l'abus de confiance..... 130

§ 1er. — Quels principes régissent la preuve de l'abus de confiance..... 130

§ 2e. — Application de la preuve testimoniale en matière d'abus de confiance 139

CHAPITRE V. — Prescription 146

APPENDICE. — Aperçus de droit comparé. — Conclusion.... 149

ERRATUM

La note de la page 103 doit être transportée à la page 102 et réciproquement celle de la page 102 doit être transportée à la page 103.

Limoges — Imprimerie Commerciale Perrette